

Revista

Foro FICP

(Tribuna y Boletín de la FICP)

2015-3

(noviembre 2015)

(ISSN: 2340-2210)

Consejo de Redacción

Director: Prof. Dr. Dr. h. c. D. Diego-Manuel Luzón Peña
Presidente de honor de la FICP. Catedrático de Derecho penal.
Universidad de Alcalá. Madrid. España.

Coordinación General: Prof. Dra. D.^a Raquel Roso Cañadillas
Patrona de la FICP. Prof. Titular de Derecho penal.
Universidad de Alcalá. Madrid. España.

Coordinación: Prof. Dr. D. José Zamyra Vega Gutiérrez
Socio de la FICP. Investigador contratado. Acreditado Ayudante Doctor.
Universidad de Alcalá. Madrid. España.

Coordinación técnica: Prof. D. Enrique F. Luzón Campos
Secretario de la FICP. Abogado. Máster en Derecho. Prof. asociado Derecho Penal.
D.^a Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz
Socia y coordinadora de la FICP. Investigadora contratada predoctoral FPI. Univ. de Alcalá.

Edición: Fundación Internacional de Ciencias Penales. Madrid (España). www.ficp.es

*La Fundación Internacional de Ciencias Penales (FICP), que ya creó en 2012 su revista Libertas concebida como revista penal de alto nivel científico y abierta a acoger artículos tanto de miembros de la fundación como externos a ella siempre que cumplan el indicado requisito, ha puesto en marcha en 2013 su revista interna, **Foro FICP (Tribuna y Boletín de la FICP)**, dedicada a la participación de sus miembros, los socios y los patronos, así como de los integrantes del Consejo Científico de Redacción de Libertas, y también con carácter de boletín periódico.*

Con el número 2013-0 se ha puesto en funcionamiento Foro FICP como Tribuna/Boletín de la FICP, estando previsto que aparezcan varios números anuales, dependiendo de las posibilidades organizativas y del número de colaboraciones que nos vayan llegando de los socios.

La revista Foro FICP está abierta permanentemente a los miembros de la FICP, muy especialmente a los Socios, para acoger por una parte y fundamentalmente todas sus colaboraciones sobre temas penales, de opinión o debate o de artículos y estudios, con independencia de su extensión y de que tengan o no notas y bibliografía, y por otra parte, las noticias que los socios y demás miembros quieran aportar en relación con actividades vinculadas al objeto de las ciencias penales.

*Quedan por tanto **invitados a participar** desde el número 2013-1 y siguientes **en Foro FICP todos los patronos y socios de la FICP**, o miembros del Consejo internacional científico y de redacción de Libertas, que lo deseen, enviando al correo electrónico contacto@ficp.es **estudios o artículos, trabajos cortos de opinión, reflexión o debate y noticias.***

*Se publicarán los originales **tanto en español como en portugués e italiano.***

*Actualmente se ha decidido que Foro FICP sea una revista **abierta al acceso libre** por cualquiera que visite la web www.ficp.es.*

SUMARIO

I. TRIBUNA (para los miembros de la FICP)	7
1. Opinión, reflexión y debate	7
<i>Prof. Dr. Joan J. Queralt</i>	7
Los manteros: un enfoque erróneo	
<i>Prof. Dr. Daniel Montero Zendejas</i>	10
Comunicado del Observatorio Ciudadano del Sistema Penitenciario Nacional A.C. por la refundación de México: la fuga del Altiplano, una crónica anunciada	
<i>María de la Luz Lozano Gago</i>	13
La nueva regulación de la pornografía infantil	
2. Estudios	16
<i>Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-Manuel Luzón Peña</i>	16
Imputación objetiva y equivalencia entre participación en autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida: el criterio del control del riesgo	
<i>Prof. Dr. Javier de Vicente Remesal</i>	39
La inhabilitación profesional médica: ¿para el ejercicio de la medicina en general, o sólo para la especialidad?	
<i>Prof. Dra. Leticia Jericó Ojer</i>	65
La nueva regulación del delito medioambiental según LO 1/2015, de 30 de marzo: sus repercusiones en la contaminación acústica	
<i>Prof. Dr. Fernando de la Fuente Honrubia/ Sacramento Ruiz Bosch</i>	71
Las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad. Especial estudio de la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo	
<i>Sacramento Ruiz Bosch</i>	95
Análisis jurídico de la querrela en el sistema procesal penal español	
<i>Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz</i>	115
Delitos de peligro abstracto y bienes jurídicos colectivos	
Comunicaciones presentadas al XVIII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal	146
<i>María José Acedo Albendea</i>	146
La orden de protección en favor de víctimas de violencia de género del art. 544 ter LECrim	
<i>Alfonso Allué Fuentes</i>	157
Criterios jurisprudenciales para la diferenciación entre el delito de apropiación indebida y el delito societario de administración desleal	
<i>María Luisa Bayarri Martí</i>	167
El impago de pensiones en el ámbito penal	
<i>Ana Isabel Betrán Pardo</i>	177
Del principio de oportunidad en el proceso por delitos leves	
<i>Francisco Javier Bretones Alcaraz</i>	199
El objeto material del art. 369 bis CP	
<i>M.ª Guadalupe Domínguez Dueñas</i>	221
La responsabilidad penal de las personas jurídicas	
<i>Prof. Marta Escudero Muñoz</i>	237

La responsabilidad civil del Estado derivada de delitos de terrorismo con la nueva Ley de Víctimas	
<i>Tatiana de Francisco López</i>	264
Corrupción internacional, política criminal y amparo en la Corte	
<i>Victoria Gallego Martínez</i>	276
Breve estudio sobre el proyecto de la Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica en materia de interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas	
<i>Dra. Ana María Gil Antón</i>	296
Los delitos contra la ordenación del territorio, según la Ley 1/2015, de reforma del CP	
<i>Cristina Giralt Padilla</i>	318
Aproximación a los delitos leves tras la LO 1/15 de 30 de marzo. Consecuencias voluntarias e involuntarias de la reforma	
<i>Ildelfonso Manuel Gómez Padilla</i>	334
Breve análisis del maltrato animal. Pasado, presente y futuro. Consecuencias jurídico-penales y eficacia de la sanción	
<i>Francisca Juárez Vasallo</i>	351
La responsabilidad civil del delito. Reparación y justicia restaurativa. Las posibilidades de la mediación penal	
<i>María del Carmen de León Jiménez</i>	364
La intervención de las comunicaciones: escuchas telefónicas. Jurisprudencia del TC, del TS, del TEDH	
<i>María Paz Malpica Soto</i>	374
La infracción urbanística. Su tipificación en el orden penal	
<i>Eva Mª Motos Buendía</i>	392
La mediación penal en España. Especial referencia a la mediación en menores	
<i>Prof. María Jesús Muñoz Company</i>	403
El delito de corrupción en el deporte. Reformas de 2010 y 2015	
<i>Mª Teresa Pedrós Torrecilla</i>	419
Incumplimiento de las obligaciones derivadas de la suspensión y sustitución de las penas (artículo 83 del CP)	
<i>Pedro Ros Alcaraz</i>	439
La difusión no consentida de imágenes por “whatsapp”	
<i>Silvia Rosales Pedrero</i>	451
La prueba de indicios en el delito de tráfico de drogas	
<i>Sacramento Ruiz Bosch</i>	465
La figura del agente encubierto	
<i>Joana Ruiz Sierra</i>	479
Mediación penal en España desde el punto de vista de la víctima	
<i>Inmaculada Serrano Pérez</i>	497
La mediación penal en la justicia juvenil	
<i>Juan Alejandro Vallino Gutiérrez</i>	514
El hallazgo casual y el descubrimiento inevitable como excepción a la ilicitud de la prueba en el proceso penal	
<i>Silvia Vivó Cabo</i>	527
Los delitos en internet: especial referencia a la pornografía infantil en la red	

II.	LEGISLACIÓN Y PROYECTOS DE LEY	542
1.	España.....	542
	Ley 4/2015, de 27 de abril	542
	Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril.....	578
	Ley 41/2015, de 5 de octubre.....	590
	Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre	612
	Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre	645
2.	Colombia.....	685
	Ley 1760, de 6 de julio de 2015.....	685
	Ley 1761, de 6 de julio de 2015.....	688
	Ley 1762, de 6 de julio de 2015.....	693
	Ley 1765, de 23 de julio de 2015.....	720
	Proyecto de Ley 021 de 2015 de Cámara	762
III.	NOTICIAS DE LA FICP	763
1.	Seminarios y cursos.....	763
IV.	NOTICIAS DE LOS MIEMBROS DE LA FICP	769
1.	Libros y artículos recientes de miembros de la FICP	769
2.	Cursos, congresos y conferencias de los miembros de la FICP.....	772

I. TRIBUNA

(para los miembros de la FICP)

1. Opinión, reflexión y debate

Prof. Dr. Joan J. Queralt

Catedrático de Derecho penal. Universidad de Barcelona, España. Director del TransJus.
Socio de la FICP

~Los manteros: un enfoque erróneo¹~

El asunto de **los manteros** ha sido uno de los temas del verano, incrementado por el **lucioso hecho de Salou**. Según mi percepción, y debido a algunas algaradas en Barcelona aireadas con más oportunismo que fortuna, se ha tratado de convertir en un grave problema de orden público. Hasta ahora **la reacción de los poderes públicos** ha sido contenida, intentado ofrecer soluciones más allá de parar el golpe puntual. Sin embargo, hay que ir más allá.

Centrar esta problemática, como única salida, en una **cuestión penal** –esto es, la criminalización de los manteros– es totalmente desafortunado. Para empezar, **el coste monetario y social** de reprimir esta actividad final de un complejo delictivo resulta **penalmente desproporcionado**. En efecto, los delitos que pueden cometer los manteros son contra la **propiedad intelectual e industrial**; esto es, por la pérdida de las legítimas utilidades que reportan los derechos de explotación de una obra artística, si nos referimos a la intelectual, o los royalties que reportan las marcas en el segundo supuesto.

Dejando aparte problemas de prueba en los procesos, que no son un tema menor, la oferta ilegal, pongamos por caso de DVD, supone la pérdida, en el mejor de los casos, de 1,5 euros por pieza (si esta tuviera un valor venal, sin IVA) sobre 15 euros en la retribución de los **derechos de autor**. Si a un mantero se le incautaran 200 ejemplares (con el peso que eso supondría), la defraudación rondaría unos teóricos 300

¹ Artículo publicado en El Periódico con fecha de 20 de septiembre de 2015.

euros. Por ello **la pena es mínima**: multa de uno a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 60 días. Pena, como sabemos de antemano, a imponer a cuasi indigentes irregulares administrativamente hablando. Si se tratara de una **infracción de la propiedad industrial** –aquí, la falsificación de prendas de lujo, objetos que se venden a precios que rondan en el mejor de los casos los 20 euros–, los titulares de las soñadas (por algunos) marcas de lujo ni se inmutan. Nadie dejará de comprar un reloj o un bolso de ensueño de al menos 3.000 euros para lucir una prenda o enser falso a todas luces, que desdice de quien lo exhibe.

El último escalón

El tema, pues, no son los manteros. El problema radica en **quién fabrica o importa tal material falso**, artístico o industrial. Nadie piensa que sea el mantero quien dispone de dependencias en las que cuenta con materiales e instrumentos para confeccionar los DVD, los bolsos, las corbatas o los relojes... El mantero, como sucede con la droga, **es el último escalón**, irrelevante y prescindible, de unas tramas muy bien organizadas y que se dedican no solo a estos delitos sino a otros, sin excluir los violentos, empezando por la violencia estructural para mantener la cohesión del grupo de distribución y su capilarización. El mantero debe ser, como sucede en el tráfico de drogas duras, el hilo del que tirar: ha de ser incentivado para que conduzca al gran ovillo delincencial. No actuar así es perder el tiempo, engañar a la ciudadanía e **infligir un daño innecesario** a un grupo humano ya muy castigado por la vida.

Pero, a diferencia de lo que sucede con el tráfico de drogas, **las fuentes que aprovisionan a los manteros** –mejor dicho, las organizaciones que se sirven de un ejército de infelices manteros– están a la luz del día, en almacenes abiertos al público, con flotas de transporte, insertas en el comercio internacional y **con una enorme capacidad de blanqueo** de sus ilícitos beneficios a través de correos y sociedades pantalla. Y, contra una especie de leyenda urbana, la falsificación autóctona no es nada despreciable: **no todo lo falso, ni mucho menos, es producido fuera de nuestras fronteras**. Se trata de organizaciones muy bien tramadas, multidelincuenciales y generadoras de cantidades ingentes de dinero en efectivo, con los problemas y ventajas que eso conlleva.

Es en esos estadios donde debe centrarse **la actividad investigadora y represiva**. Junto a un tenaz e inteligente seguimiento comercial y financiero, los manteros, como señalaba antes, constituyen instrumentos de primer orden, instrumentos que **no**

deberían ser desactivados con sanciones. Al contrario, debería seguirse un protocolo premial, empezando por aplicar generosamente las cláusulas de exención de sanción que se prevén para **la trata de personas**, situación a la que muchos de los manteros no son ajenos. Y si hay que ampliar formalmente los supuestos incentivadores de **la ley de extranjería**, hágase. De lo contrario, la lucha contra este tipo de criminalidad organizada –de la que el mantero, repito, no es más que un insignificante capilar– quedará en nada.

Mientras tanto, repase el lector las hemerotecas y anote **las redadas** efectuadas en fábricas/almacenes de DVD, de ropa, calzado, bisutería fina, complementos... y anote a continuación las condenas. Con una pizca de papel le bastará.

* * * * *

Prof. Dr. Daniel Montero Zendejas

Profesor de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, de la Facultad de Derecho de la UNAM y del Instituto Nacional de Ciencias Penales-PGR, México. Presidente del Observatorio Ciudadano del Sistema Penitenciario Nacional A.C. Socio de la FICP.

~Comunicado del Observatorio Ciudadano del Sistema Penitenciario Nacional A.C. por la refundación de México: la fuga del Altiplano, una crónica anunciada~

A los representantes de los tres poderes de la Unión. A las organizaciones ciudadanas. A los medios de comunicación. A las comisiones de derechos humanos.

Al pueblo en general.

Ante la crisis recurrente del Sistema Nacional del Sistema Penitenciario, el modelo de estructura modular, las instalaciones creadas como prisiones de máxima seguridad, la Academia que para este fin se construyó en el estado de Veracruz de la Llave, como respuesta a los recursos destinados del Plan Mérida y lineamientos de la Conferencia Nacional Penitenciaria; leyes y disposiciones que se confrontan entre el discurso de un nuevo modelo de justicia penal acusatorio y la erosión del sistema de procuración e impartición de justicia como resultado de una cultura de corrupción ancestral, la fuga de Joaquín Guzmán Loera, es sólo un episodio que por su trascendencia sacude al gabinete de seguridad y de justicia de la actual Administración, empero la vida de las prisiones en México continúan como las descritas por las grandes obras de Beccaria, Bentham, Kaufmann, Howard o de cualquier otro estudioso del tema que en su afán de popularizar este universo lo han descrito como las grandes fugas de Alcatraz o la Isla del Diablo con los personajes del tiempo, ya sea por apego a la ley como el caso de Al Capone o las injusticias de Dreyfus en su momento, donde Emile Zola vertiera toda su enjundia en la defensa de éste.

La historia nos recuerda episodios de esta naturaleza donde corrupción, impunidad, opacidad de las autoridades y todo un cúmulo de hechos se suman para presagiar el fin de una época y la construcción de nuevos paradigmas que arrasan a los gobiernos incapaces e insensibles con el tejido social de su momento.

El OCSIPE, desde su creación ha venido denunciando las atrocidades de los centros de reinserción social, las muertes en el Distrito Federal en el mandato de Marcelo Ebrard, con Celina Oseguera como su titular, los motines de Nuevo León, las fugas de Puebla y la decadencia de Morelos, sin omitir Michoacán, Guerrero,

Tamaulipas, Estado de México; entre otros; el autogobierno, la sobrepoblación, las adicciones y las reiteradas violaciones por medio de la extorsión y demás expresiones que atentan contra la dignidad humana, los derechos humanos y la seguridad de la población interna, familiares y en ocasiones, hasta de los mismos custodios o personal de encargado de salvaguardar la integridad física de las instalaciones y de la población reclusa, se traducen a un espacio común, o sea a un binomio de sometimiento y autoridad, donde el imperio del derecho es solo un lugar común. No significa que se anule una sentencia o el respeto al debido proceso de aquellos internos que se encuentran privados de la libertad y que conforme a éste son responsables de una conducta antijurídica; si no del día a día en una cárcel.

Ante ese panorama, la Comisión Nacional de Derechos Humanos y su Tercera Visitaduría especializada en este tema, al igual que las demás instancias gubernamentales responsables del tema sólo se han concentrado en el seguimiento de formatos que únicamente revictimizan a las ya víctimas del hecho imputable en la comisión de conductas antijurídicas; el juez de ejecución de sentencias que debería de estar en funciones a un año de que concluya el plazo constitucional para la incorporación de toda la República del nuevo modelo de justicia penal, es solo una figura de ornamento, pues el setenta por ciento de la población reclusa desconoce el estado que guarda su sentencia o el proceso en su contra.

En este orden de ideas y ante un Sistema Nacional Anticorrupción, la fuga de Guzmán Loera exhibe las grandes transformaciones de fondo de nuestro país en voz del titular del Poder Ejecutivo y abre un sin fin de preguntas e interrogantes, pues ¿cómo es posible que el supuesto susodicho se fugue del Altiplano y de Puente Grande, con un aparato de seguridad para recluir a este tipo de delincuencia?

El Observatorio Ciudadano del Sistema Penitenciario, se manifiesta en contra de las políticas públicas asumidas por el Gobierno Federal y se vincula a todas aquellas organizaciones ciudadanas que en el ejercicio de sus derechos rechaza la violencia y busca en la REFUNDACIÓN DE MÉXICO, por la vía democrática de un GOBIERNO DE CIUDADANOS y expresa su inconformidad con las autoridades responsables y exige su renuncia y su responsabilidad ante las leyes vigentes en la materia. La fuga de reo, sirva este ejemplo para encuadrarse en delito grave y privativa de la libertad -sin derecho a fianza o caución- con todo lo adicional que contempla la Ley de

Responsabilidades para los Servidores Públicos y demás ordenamientos punitivos vigentes.

Por una sociedad sana.

* * * * *

María de la Luz Lozano Gago

Secretaria Judicial. Cursando el Master en Derechos fundamentales. Socia de la FICP.

~La nueva regulación de la pornografía infantil~

Definiciones

Definir qué ha de entenderse por pornografía infantil no plantea mayores dificultades: "cualquier material auditivo o visual en el que se emplee a un menor en un contexto sexual"¹

Con la reforma penal, que ha entrado en vigor el 1/7/15, quedan equiparadas la pornografía real y la virtual², esto es, la simulación queda equiparada a la realidad a estos efectos. Sin embargo, la pseudo-pornografía infantil (=morphing) es suprimida, lo cual no debe conducir a pensar que deviene atípica -en la pseudo-pornografía infantil lo que se produce es el abuso de la imagen o de la voz del menor manipulándola con artificios técnicos- pues puede quedar subsumida en estos casos la conducta en la pornografía virtual, por ejemplo.³

Por su parte, el considerando 17 de la Directiva 2011/93/UE establece que “en el contexto de la pornografía infantil, el término «de forma ilícita» permite a los Estados miembros establecer una excepción respecto de las conductas relacionadas con «material pornográfico» en caso de que tengan, por ejemplo, fines médicos, científicos o similares. También posibilita las actividades autorizadas por la legislación nacional, como la posesión lícita de pornografía infantil por parte de las autoridades con miras a llevar a cabo actuaciones penales o prevenir, detectar o investigar delitos. Por otra parte, no excluye las excepciones jurídicas o principios pertinentes similares que eximen de responsabilidad en determinadas circunstancias, como ocurre con las actividades realizadas mediante las líneas directas de teléfono o de Internet para denunciar tales casos”.

¹ Recomendación del Consejo de Europa (91) 11

² El informe del Consejo Fiscal de 8 de enero de 2013 se hace eco de que la expansión típica se ha justificado por razones prácticas: muy pronto –ya es difícil- será imposible distinguir entre imágenes reales e imágenes generadas por ordenador.

El art. 5 de la Directiva 2011/93/UE imponía la tipificación de la posesión, producción y difusión de pornografía infantil virtual.

³ Ya el informe del Consejo Fiscal de 8 de enero de 2013 se pronunciaba en el sentido de que entender que “su supresión obedece a que tal material pornográfico debe reconducirse ahora a los supuestos de pornografía virtual que el Anteproyecto considera material pornográfico infantil relevante penalmente”.

Se mantiene, por demás, la punición de la conducta consistente en la participación del menor en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, equiparándose a aquél al discapacitado necesitado de especial protección.

En lo referente a la distribución de material pornográfico en que hayan intervenido personas menores de edad (y también discapacitados necesitados de especial protección en concordancia con la nueva redacción dada al art 25 del CP), hay que decir que la Jurisprudencia ha establecido que se ha de apreciar un único delito aun cuando los archivos pornográficos distribuidos sean múltiples y/o afecten a una pluralidad de menores⁴.

A su vez, se mantiene la tipificación introducida en 2003 de la conducta consistente en posesión de material pornográfico de menores. El tipo penal de posesión requiere, como establece la STS nº 105/2009, de 30 de enero la concurrencia de los siguientes elementos:

a) una posesión de material pornográfico, en cuya elaboración se hubieren utilizado menores o incapaces, lo que se integra mediante el concepto de pornografía...junto al dato de la aparición de menores o discapacitados, dentro de un escenario sexual;

b) que este material se tenga para uso personal de quien lo almacene, excluyéndose cualquier actividad que suponga producción o difusión, es decir, alguna de las modalidades de producir, vender, distribuir, exhibir o facilitar estas actividades por cualquier medio, o la mera posesión para esos fines....

c) un elemento subjetivo, constituido por el dolo del agente, que aquí bastará con la conciencia de que se posee en su sistema o terminal, tales archivos que constituyen pornografía infantil (lo que igualmente se habrá de probar en cada caso).

¿El mero visionado de pornografía infantil será típico? Antes de la reforma penal que entró en vigor el pasado 01/07/2015 la respuesta era necesariamente negativa. A partir de dicha reforma se castiga en el párrafo segundo del apartado quinto del art. 189 con la misma pena prevista para la posesión a *quien acceda a sabiendas a pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación*. De la locución "a sabiendas" que contiene el tipo se desprende que sólo

⁴ SSTS nº 782/2007 de 3 de octubre; 785/2008 de 25 de noviembre y 829/2008 de 5 de diciembre

cabe imputar esta conducta al autor a título de dolo directo, por lo que no deben haber dudas sobre la intencionalidad directa del agente.

A tales efectos es esclarecedor el Preámbulo de la Directiva 2011/93/UE, que declara que debe tipificarse como infracción penal “el acceso a sabiendas, mediante tecnologías de la información y la comunicación, a pornografía infantil”, exigiendo que “para ser responsable, la persona debe tener la intención de acceder a un sitio Internet en el que haya pornografía infantil y, a su vez, saber que es posible hallar en él ese tipo de imágenes. No deben aplicarse penas a las personas que accedan sin intención a sitios que contengan pornografía infantil. Podrá deducirse el carácter intencionado de la infracción, en particular, del hecho de que esta sea recurrente o de que se cometa mediante un servicio sujeto a pago”⁵.

Una novedad a destacar asimismo de la reforma penal de 2015 es la tipificación de la asistencia a espectáculos pornográficos con menores, que anteriormente no estaba recogida en el texto penal.⁶

¿Y qué ocurriría si al imputado se le halla material del que se ha acreditado la posesión y material del que se le ha acreditado la difusión? Se castigaría sólo ésta última conforme al principio de absorción ínsito en el nº 3 del art 8 del Cp.⁷

* * * * *

⁵ En el mismo sentido, el art. 20 párrafo primero letra f) del Convenio de Lanzarote limita la relevancia penal a las conductas de acceso a páginas web que se realizan “a sabiendas”.

⁶ Tras la reforma 1/2015 expresamente se tipifica la asistencia: conforme al apartado cuarto del art. 189 “el que asistiere a sabiendas a espectáculos exhibicionistas o pornográficos en los que participen menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, será castigado con la pena de seis meses a dos años de prisión.”

⁷ En este sentido se pronuncia la STS nº 1377/2011, de 19 de diciembre, en la que se afirma que la posesión guarda una relación de subsidiariedad de las conductas descritas en el apartado 1-b

2. Estudios

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-Manuel Luzón Peña

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Alcalá, Madrid, España.

Presidente de honor de la FICP.

~Imputación objetiva y equivalencia entre participación en autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida: el criterio del control del riesgo*~

I. Fin de protección o evitación de la norma y supuestos de favorecimiento de autopuesta en peligro o de autolesión y de heteropuesta en peligro consentida y heterolesión consentida

1. Introducción

Como es mayoritariamente reconocido, para la imputación objetiva del resultado (o del hecho, si no se limita tal concepto a la imputación de resultados) se requiere¹, además de la adecuación o creación de un riesgo penalmente relevante (que la doc. mayoritaria entiende como riesgo no permitido), que el resultado concretamente causado (o el hecho) encaje en el fin de protección o evitación de la norma, lo que supone un criterio de interpretación –y restricción– teleológica del tipo. Esta concordancia con el fin de la norma conlleva a su vez, en primer lugar el requisito de la realización de peligro(s) inherente(s) a la acción inicial, o sea, de uno de los riesgos típicos que de suyo implica tal acción y que por eso mismo son los que la norma pretende evitar que se realicen, o sea la también denominada “relación de riesgo” o “relación o nexo de antijuridicidad”. Pero además la idea del fin de protección (o evitación) de la norma típica (denominación a la que ROXIN añade posteriormente la del “alcance del tipo”²) es un criterio interpretativo más amplio que puede excluir por otros diversos motivos la imputación objetiva de otros resultados no coincidentes con tal fin. Se discute si ello es así, entre otros supuestos, en los segundos daños, en daños diferidos

* Versión ampliada de la ponencia mantenida el 29-5-2015 en el I Congreso Internacional de la FICP sobre Retos actuales de la teoría del delito en la Fac. de Derecho de la Univ. de Barcelona. El trabajo ha sido elaborado en el marco del proyecto de investigación DER2014-58546-R, que dirijo en la Univ. de Alcalá, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, Subdirección Gral. de Proyectos e Investigación.

¹ Sobre todo lo que sigue cfr. la exposición más amplia de mi PG: LUZÓN PEÑA, Curso de DP, PG I, 1996, 378 ss.

² Cfr. su AT I, desde la 1.ª ed., 1994, § 11 nm. 85 ss.; 4.ª, 2006, § 11 nm. 106 ss.

o sobrevenidos muy posteriormente, en consecuencias de la asunción de riesgos legalmente impuesta en acciones de salvamento o de persecución policial, en resultados imputables a una esfera de responsabilidad ajena de profesionales o funcionarios, en la provocación de autopuestas en peligro o en puestas en peligro ajenas consentidas.

Pues bien, entre esos diversos grupos de casos en que se puede debatir si concuerdan o no con el fin de la norma y por tanto si se afirma o se excluye la imputación objetiva, probablemente la mayor discusión en las últimas décadas ha girado en torno al tratamiento de los supuestos en que la propia víctima, si no provoca, al menos acepta o consiente el riesgo de lesión; se discute sobre todo si no hay imputación objetiva por no encajar el resultado en el fin de protección o evitación de la norma en casos de *favorecimiento de una autopuesta en peligro* o en los de *heteropuesta en peligro aceptada o consentida* por la propia víctima.

2. Precisiones terminológicas

Si se llega a producir la lesión del bien jurídico puesto en peligro, tal favorecimiento o tal heteropuesta en peligro normalmente serán imprudentes respecto de la lesión –que es lo que generalmente se suele dar por supuesto en la doctrina–, ya que el agente o bien ni siquiera es consciente del peligro, o es consciente del peligro pero no quiere ni acepta la lesión (imprudencia inconsciente en el primer caso, consciente en el segundo). Pero hay que advertir que, aunque menos frecuentemente, puede haber supuestos en que el tercero actúe con dolo eventual respecto de la lesión, aunque la víctima, que será lo más normal, sólo acepte el riesgo, pero no acepte su propia lesión con “dolo” eventual; y en tal caso, al producirse la lesión, el tercero realizará una participación dolosa en una autolesión imprudente o una (hetero)lesión dolosa con consentimiento en el riesgo por el afectado. Ahora bien, se debe reservar en este contexto hablar de “favorecimiento de una autopuesta en peligro” para los casos en que el sujeto que se pone a sí mismo en peligro no tiene voluntad (“dolo”) de lesionar su bien jurídico, y en cambio denominar favorecimiento de una tentativa de autolesión los supuestos en que el sujeto favorecido quiera lesionar su bien jurídico; pues, aunque en la tentativa de autolesión voluntaria objetivamente también hay una autopuesta en peligro, como veremos después (*infra* III.4), en estos supuestos el grado de peligro es mucho mayor que en los primeros. Por ello se puede distinguir también heteropuesta en peligro de tentativa de heterolesión.

II. Diversas posiciones

1. La distinción entre favorecimiento de una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida, salvo equivalencia de ésta a la primera

ROXIN ha sostenido (desde 1973) que en muchos de estos supuestos hay que negar la imputación objetiva, pero en algunos no: Por una parte mantiene que, dado que según el Derecho alemán es impune la participación en el suicidio o también en una autolesión impune, tampoco puede ser punible ni abarcado por el fin de la norma el favorecimiento o cooperación en una autopuesta en peligro dolosa, pues si se puede provocar impunemente lo más (la autolesión), con mayor razón ha de poderse provocar sin sanción lo menos (la autopuesta en peligro)³, o sea argumento sistemático *a maiore ad minus* (de mayor a menor). En cambio la puesta en peligro ajena (heteropuesta en peligro)⁴, por mucho que sea aceptada o consentida por el afectado, en principio es punible (como también lo son el homicidio consentido o gran parte de las lesiones consentidas)⁵.

Pero hay casos de heteropuesta en peligro aceptada que son equiparables a la simple participación en la autopuesta en peligro y entonces, igual que en ésta, no habrá imputación objetiva y serán atípicos⁶. Ello sucederá según ROXIN sólo si la persona puesta en peligro es consciente del riesgo en la misma medida que el agente que le pone en peligro. Éste constituye el requisito fundamental, al que añade otros dos previos: que el daño sea consecuencia del riesgo que la persona acepta correr y no de otros fallos, y que la persona puesta en peligro tenga la misma responsabilidad por la actuación común que quien le pone en peligro, lo cual implica que sea imputable y no coaccionado, y que no se trate de un trabajador que, aunque conozca y acepte su puesta en peligro, tiene una situación de dependencia e inferioridad respecto del empresario en cuanto a la

³ ROXIN, FS-Gallas, 1973, 243 ss. = Problemas básicos del DP, 1976, 183 ss.; AT I, 4ª, 2006, § 11 nm. 107 ss., PG I, 1997, § 11 nm. 86 ss. De todos modos añade (AT I, 4ª, 2006, § 11 n. 230; PG I, 1997, § 11, n. 132) que además de ese argumento de Derecho positivo alemán hay que tener en cuenta “la decisión valorativa normativa que hay tras ello, a saber: que no hay ninguna razón para restringir la libertad de actuación de los intervinientes en la medida en que nadie sea puesto en peligro contra su voluntad”.

⁴ Al respecto cfr. ROXIN, FS-Gallas, 1973, 249 ss. = Problemas básicos, 1976, 190 ss.; AT I, 4ª, 2006, § 11 nm. 121 ss., PG I, 1997, § 11 nm. 98 ss.

⁵ ROXIN, AT I, 4ª, 2006, § 11 nm. 123; PG I, 1997, § 11 nm. 100, argumenta que la heteropuesta en peligro aceptada no es equiparable de modo general al mero favorecimiento de una autopuesta en peligro “porque aquél que se deja poner en peligro está más expuesto a lo que suceda que quien se pone a sí mismo en peligro, que puede intentar dominar los peligros con sus propias fuerzas.”

⁶ ROXIN, AT I, 4ª, 2006, § 11 nm. 123; PG I, 1997, § 11 nm. 100.

infracción de normas de evitación de accidentes laborales; si se dan todos esos requisitos, esa persona habrá “asumido el riesgo”⁷.

Habrà una heteropuesta en peligro aceptada (o puesta en peligro ajena aceptada) equiparable a la cooperación en una autopuesta en peligro según ROXIN en casos como el de la persona que insta al patrón de una barca a que le cruce el río pese a que éste le advierte que es muy peligroso por la tempestad existente y la barca vuelca con el oleaje y se ahoga el pasajero, o el del acompañante que por tener prisa insta al conductor a que marche a velocidad excesiva, accediendo éste y causando por ello en un accidente la muerte o lesiones del pasajero, o el supuesto de quien sufre igual desenlace cuando acepta ser llevado en un automóvil por un conductor que iba ostensiblemente ebrio, siempre que la víctima conociera las circunstancias y el riesgo exactamente igual que quien le pone en peligro y que se cumplan los otros dos requisitos indicados; o también en el caso de alguien que tiene libremente y sabiéndolo contactos sexuales sin protección con un enfermo de sida⁸; o en el caso de los “auto-surfistas” (surfistas en autos), donde un conductor, que marcha a una velocidad previamente acordada de 70-80 km/h, lleva tendidos sobre el techo de su automóvil sucesivamente a varios jóvenes que de ese modo imitan la práctica del surf acuático sobre tablas, hasta que uno se cayó y sufrió lesiones irreversibles⁹.

2. Distinción entre autoría de la puesta en peligro y participación en la misma

Otro sector propone resolver estos supuestos distinguiendo estrictamente entre autoría y participación¹⁰: según este criterio sólo habrá atipicidad cuando el tercero sea

⁷ Cfr. ROXIN, AT I, 4ª, 2006, § 11 nm. 124; PG I, 1997, § 11 nm. 100 (en el caso de la infracción de normas de evitación de accidentes laborales por trabajador y empresario, afirma por ello la responsabilidad de éste por el § 222, o sea homicidio imprudente). Anticipa ya la exigencia de esos tres requisitos para la equiparación en FS-Gallas, 1973, 252 s. = Problemas básicos, 1976, 192 s.

⁸ Cfr. sobre todos esos casos ROXIN, AT I, 4ª, 2006, § 11 nm. 121-133 (donde examina más ejemplos como –nm. 126-132– los de participación en suicidios o similares); PG I, 1997, § 11 nm. 98-101. Los dos primeros ejemplos, del acompañante que pide al conductor que marche a velocidad excesiva o que se deja llevar por un conductor ebrio, ya en FS-Gallas, 1973, 252 s. = Problemas básicos, 1976, 192 s.

⁹ Cfr. ROXIN, AT I, 4ª, 2006, § 11 nm. 134; § 13 nm. 57 s., sosteniendo por ello la impunidad del conductor en dicho supuesto de la sent. OLG Düsseldorf, NStZ-RR 1997, 325 ss.

¹⁰ Así WALTHER, *Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung. Zur Abgrenzung der Verantwortungsbereiche von Täter und “Opfer” bei riskanten Zusammenwirken*, Freiburg i.Br., Max-Planck-Institut f. a. u. i. Strafrecht, 1991, 83 ss., 110 ss., 144 ss. En la doc. española, siguiendo indicaciones mías (ya en Nota a ROXIN, Problemas básicos del DP, 1976, nota * pp. 189 s.; y compartiendo mi teoría de la determinación objetiva del hecho como criterio de autoría también en delitos imprudentes: LUZÓN, ADPCP 1989, 889 ss.; = EPen, 1991, 197 ss.); GARCÍA ÁLVAREZ, *La puesta en peligro de la vida*, 1999, 346 ss., passim (en 158 ss. sigue mi criterio de la autoría); ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, Granada, Comares, *Autoría y participación imprudente*, 2002, 513 ss., 338 ss., 527 ss.; *Autoría mediata, imputación objetiva y autopuestas en peligro*, RDPP 10 2003, 177 ss., 188 ss., 205 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/PAREDES, en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/PAREDES

mero partícipe y la víctima es el autor de su autopuesta en peligro o autolesión (porque al ser atípica tal autoría, por accesoriedad también ha de serlo la simple participación); pero si el tercero, y no la víctima, es autor de la puesta en peligro, ello será típico por mucho que la víctima consienta en el riesgo (pues consentimiento en el peligro no equivale a consentimiento en la lesión). Este criterio se limita a formular en principio la misma distinción que ROXIN, sólo que destacando el enfoque de la distinción entre autoría y participación; pero no hace la excepción roxiniana para casos de autoría de heteropuesta en peligro consentida que materialmente equivalen al favorecimiento de la autopuesta en peligro.

3. El principio de autorresponsabilidad

Otro sector, para resolver estos supuestos, invoca el “*principio de autorresponsabilidad*”¹¹, bien como criterio autónomo que excluye el injusto o el tipo, bien encuadrado dentro de la imputación objetiva, mencionando o no el fin de protección de la norma, a efectos de excluir la imputación (a la conducta del agente e imputársela a la de la víctima) en todos o parte de estos supuestos¹². Se afirma que este

CASTAÑÓN (coords.)/Y OTROS, Relevancia de la actuación de la víctima para la responsabilidad penal del autor, Univ. León, 2004, 45 ss. Sobre los casos, en parte coincidentes y en parte distintos, de concurrencia de culpas, en que la imprudencia concurrente de la víctima o de un tercero tiene efectos sobre la conducta en principio imprudente del agente, bien excluyendo la imputación objetiva o la autoría, o bien simplemente rebajando la responsabilidad del agente cfr. LUZÓN PEÑA, PG I, 1996, 526 s., defendiendo en 527 que a veces la imprudencia concurrente puede, no excluir toda responsabilidad del agente, pero sí degradar su inicial imprudencia grave a simple por no imputación objetiva del resultado al grave peligro de la imprudencia grave, sino sólo a una imprudencia simple con una peligrosidad menor. Defiende en estos casos una original solución alternativa, de aplicar una atenuante analógica a la imprudencia grave, ROSO, Concurrencia de imprudencias: sus efectos en la teoría del delito, PJ 46 1997, 273 ss. Su solución podría combinarse con la mía en supuestos en que parezca excesivo degradar la imprudencia de grave a leve.

¹¹ Cfr. entre otros SCHUMANN, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung, Tübingen, Mohr, 1986; WALTHER, Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung, 1991. Sobre los orígenes y distintas utilidades del principio de autorresponsabilidad cfr. ROSO CAÑADILLAS, Autoría y participación imprudente, 2002, 165 ss.; Autoría mediata, imputación objetiva y autopuestas en peligro, RDPP 10 2003, 196 ss.; CANCIO MELIÁ, Conducta de la víctima e imputación objetiva en DP, Barcelona, J.M. Bosch, 1998, 219 ss., 259 ss., *passim*; La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima (“imputación a la víctima”), RDPCr 2 1998, 49 ss.; Opferverhalten und objektive Zurechnung, ZStW 111 1999, 357 ss.; Los límites de la exclusión del tipo de injusto por conducta auto-defensiva de la víctima, RDPP 2 2000, 168 ss.

¹² El principio de autorresponsabilidad excluye el injusto p.ej. según ZACZYK, Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten, Heidelberg, C.F. Müller, 1993, 26 ss., 32 ss., o la conducta típica según FRISCH, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, Heidelberg, C.F. Müller, 1988, 151 ss. Defienden que excluye la imputación objetiva p.ej. JAKOBS, AT, 2ª, 1991 (PG, 1997) 7/104 ss., 7/124 ss., 21/14 ss.; CANCIO, Conducta de la víctima, 1998, 275 ss., 284 ss., *passim*.

Este principio de autorresponsabilidad, según el cual cada persona responde de sus propios actos y las consecuencias de éstos, incluyendo los meros riesgos derivados de los actos, se utiliza por un sector para negar la imputación objetiva (a la conducta del autor e imputar la responsabilidad del resultado a la propia víctima) en ciertos supuestos, entre otros, de consentimiento de la víctima en el riesgo o de provocación consciente o inconsciente del riesgo por la víctima. Pero además la denominada “victimodogmática”

principio, en virtud del cual cada uno responde de sus propios actos y sus consecuencias, incluyendo los riesgos que el sujeto decide correr, es el reverso y correlato de la libertad del individuo o del libre desarrollo de su personalidad.

La fundamentación de tal principio no es excesivamente detallada. Unos parten simplemente del concepto filosófico de libertad humana con su correlato de responsabilidad (derivada p.ej. del imperativo categórico kantiano¹³) o del modelo del ordenamiento jurídico que a su vez parte del ciudadano como sujeto autónomo, y titular de un ámbito propio de autoorganización¹⁴, la mayoría parte del reconocimiento constitucional de la libertad o capacidad de autodeterminación del ciudadano y especialmente del “libre desarrollo de la personalidad”¹⁵ –en nuestra CE consagrado en el art. 10.1, igual que en el art. 2 I GG alemana– y del modelo que ello implica de autonomía del ciudadano en su esfera de organización; lo cual significa a su vez que el sujeto tiene una responsabilidad primaria o preferente en la organización de su vida y en la protección de sus bienes jurídicos, que implica que como regla si corre un riesgo asume su responsabilidad y no puede exigir a terceros un deber de tutela de sus bienes jurídicos¹⁶. Ahora bien, con ese punto de partida se puede luego dar distinto alcance y contenido al principio de autorresponsabilidad: desde posiciones que afirman que si la víctima participa en el riesgo (sin más o con algún otro requisito) hay una “actuación a propio riesgo”¹⁷ –concepto procedente del Derecho civil– que exime de responsabilidad al tercero, hasta posiciones más restrictivas en cuanto a los requisitos para que la

(*infra* II. 4) añade como fundamento adicional que en muchos de estos casos (p.ej. en delitos patrimoniales, especialmente en la estafa, pero tb. en otros como delitos contra la intimidad, la libertad sexual o incluso la vida e integridad) desaparece el merecimiento o la necesidad de protección penal del bien jurídico (si su titular, pudiendo, no adopta suficientes medidas de protección) y por tanto el merecimiento o la necesidad de pena.

¹³ Como hace ZACZYK, *Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten*, 1993, 18 ss., 22 ss.; lo destaca CANCIO, *Conducta de la víctima*, 1998, 45, 264 s.

¹⁴ Así DERKSEN, *Handeln auf eigene Gefahr*, Berlin, Duncker & Humblot, 1992, 185 ss.; JAKOBS, *ZStW* 97 1985, 751 ss.; *Estudios de DP*, 1997, 395 s.

¹⁵ Así p.ej. SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht*, 1986, 1 ss., *passim*; WALTHER, *Eigenverantwortlichkeit*, 1991, 79 s.; JESCHECK/WEIGEND, *AT* 5ª, 1996, § 34 II 3; CANCIO, 1998, 276. En otra posición, MIR, *PG*, 8ª, 2008, 19/29 lo utiliza como fundamento de la eficacia del consentimiento en acciones peligrosas para la vida.

¹⁶ Cfr. NEUMANN, *JA* 1987, 247 ss.; FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, 1988, 157; JAKOBS, *AT* 2ª, 1991 (*PG*, 1997), 7/129; *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, 1996, 28; CANCIO, 1998, 276 ss., 285 ss.

¹⁷ En ese sentido –aunque con distinto alcance– PREUß, *Untersuchungen zum erlaubten Risiko im Strafrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 1974, 144 ss.; JAKOBS, *AT*, 2ª, 1991 (*PG*, 1997) 7/129 s.; *Estudios de DP*, 1997, 411 s.; DERKSEN, *Handeln auf eigene Gefahr*, 1992.

aceptación de riesgo por la víctima fundamente su exclusiva autorresponsabilidad¹⁸.

En una construcción muy elaborada, CANCIO sostiene que, concurriendo en la producción del hecho la conducta de autor y víctima, ésta, como consecuencia de su autonomía de organización, en principio tiene una responsabilidad preferente, por lo que se le imputará sólo a la víctima y no habrá imputación objetiva al comportamiento del autor cuando a) la actividad de riesgo “se corresponda con la organización conjunta de autor y víctima” y permanezca en el ámbito de esa organización conjunta, pero además, como restricciones, siempre que: b) la conducta de la víctima no tenga falta de responsabilidad o de conocimiento suficiente de modo que sea instrumentalizada por el autor, y c) el autor no tenga un deber de protección específico frente a los bienes de la víctima¹⁹. Ahora bien, CANCIO considera que hay tal organización conjunta no sólo en la autopuesta en peligro de la víctima en la que participa un tercero o en la actividad compartida que pudiera calificarse como coautoría, sino tb. en todos los casos en que autor y víctima han organizado conjuntamente la posterior actividad peligrosa, aunque quien ejecute ésta de propia mano sea exclusivamente el autor y la víctima meramente soporte el riesgo, pues si esto se puede reconducir a su autonomía de organización, el criterio normativo es el de la responsabilidad preferente del sujeto pasivo, que excluye la responsabilidad del autor y la imputación objetiva²⁰, entendiéndose por riesgos de la organización conjunta aquellos elementos inherentes, inevitables a la actividad que con su autonomía elige la víctima²¹; mientras que, en cambio, no se excluirá dicha imputación y responsabilidad del autor si la víctima acepta o provoca consciente o inconscientemente el riesgo pero sin previa o simultánea organización conjunta, o existiendo previamente pero extralimitándose el autor²².

4. La victimodogmática

Pero también desde la llamada *victimodogmática* se defienden soluciones similares a las del principio de autorresponsabilidad, excluyendo, al menos para ciertos grupos de delitos, la tipicidad de la conducta del autor cuando la víctima corre el riesgo

¹⁸ También cabe, en cuanto al alcance de su ámbito, aplicar el principio a la mayoría de los delitos contra la persona salvo alguna excepción (como la participación en el suicidio) o limitarlo a grupos de delitos.

¹⁹ CANCIO, 1998, 275 ss., espec. 284 ss. Sobre su posición cfr. ROXIN, AT I, 4.^a, 2006, § 11 nm. 125.

²⁰ Cfr. CANCIO, 1998, 285 ss.

²¹ CANCIO, 1998, 290 s. añadiendo que en tal caso hay un contacto social que la víctima no puede definir unilateralmente como inocuo, siguiendo un planteamiento similar de *Jakobs*, AT, 2.^a, 1991 (PG, 1997) 7/126.

²² Cfr. CANCIO, 1998, 291 ss.

y no toma las medidas normales de autoprotección, por negar en tal caso la necesidad y merecimiento de protección de ese sujeto pasivo.

Desde esta perspectiva se mantiene que debe responder la víctima de sus propios actos y que da lugar a veces a atenuación, pero a veces a la impunidad de la conducta del agente negando la tipicidad –dentro o fuera de la imputación objetiva – en casos de favorecimiento de una autopuesta en peligro o equivalentes, o incluso, para una postura más amplia, en casos de consentimiento de la víctima en el riesgo o de provocación consciente o inconsciente del riesgo por la víctima, bien sólo para determinados grupos de delitos, como los llamados delitos de relación²³, en los que el tipo requiere una relación directa (de colaboración fáctica) de la víctima con el autor, especialmente en la estafa, o tb. en otros como delitos contra la intimidad, o bien, en una tendencia más expansiva, ampliándolo a otros tipos, a delitos contra la libertad sexual o incluso la vida e integridad; y se añade como fundamento, basado en los principios de subsidiariedad y proporcionalidad de la sanción penal, que en estos casos desaparece el merecimiento o la necesidad de protección penal del bien jurídico si su titular, pudiendo, no adopta suficientes medidas de protección y por tanto el merecimiento o la necesidad de pena²⁴. Pero también hay un sector dentro de la victimodogmática²⁵ que sostiene que esa perspectiva permite fundamentar el principio de autorresponsabilidad y mantener en una interpretación teleológica del tipo que deba responder la víctima de sus propios actos y por ello exonerar al autor.

III. Solución defendida: Principio de alteridad o de no identidad en la creación del riesgo. Concreciones: Imputación de la autoría de heteropuesta en peligro consentida y no imputación de la mera participación en una autopuesta en peligro. El control del riesgo por la víctima como criterio de equiparación de la heteropuesta en peligro consentida al favorecimiento de la autopuesta en peligro

1. El punto de partida: la distinción de ROXIN entre regla y excepción

La posición de ROXIN marca una línea de partida acertada, por las razones que veremos, la de la distinción clave entre el mero favorecimiento de una autopuesta en peligro o autolesión, como regla atípica, y la heteropuesta en peligro (o heterolesión)

²³ Así R. HASSEMER, *Schutzbedürftigkeit des Opfers*, 1981, 52 ss.

²⁴ Así la corriente encabezada por SCHÜNEMANN, *FS-Faller*, 1984, 362 ss.; *NZSt* 1986, 439 ss.

²⁵ FIEDLER, *Strafbarkeit der einverständlichen Fremdgefährdung*, 1990, 119 ss.

por mucho que sea aceptada por el otro, que en principio será típica, salvo que (excepción) se pueda equiparar a la primera, pero, como veremos, hay que introducir correcciones en los criterios de equiparación. Por esa misma razón es igualmente en principio acertada la línea de distinguir entre autoría de una puesta en peligro (o lesión) ajena y mera participación en la autopuesta en peligro o autolesión, pero también precisa correcciones, precisamente por no establecer ninguna excepción en que la heteropuesta en peligro se pueda equiparar a la participación en la autopuesta en peligro. Y por otra parte, como veremos, en ambas posiciones falta una fundamentación material suficientemente convincente de las mismas.

2. Crítica a la victimodogmática

Frente a esto, es desde luego insostenible la orientación general de la victimodogmática, según la cual la simple provocación, consciente o incluso inconsciente, del riesgo por la víctima o su consentimiento en el riesgo excluye la necesidad y merecimiento de protección de ésta y por tanto el merecimiento y necesidad de pena en la conducta del autor. Es inaceptable en su formulación generalista, que pretende aplicar el principio a la mayoría de los delitos, pero también lo es cuando se restringe a algunos grupos de delitos o sólo a los “de relación” como la estafa (salvo que se formule de un modo mucho más restringido exigiendo que la asunción del riesgo por el engañado sea tal que ya determinadas no se pueda hablar de un engaño bastante o idóneo en el autor). Pues la simple provocación imprudente inconsciente o incluso consciente por la víctima de un riesgo de sufrir una lesión ajena, e incluso el que consienta en el riesgo y no tome medidas de precaución, no le puede privar de protección jurídica, ya que no se puede sostener que exista un principio general jurídicopenal, ni formulado expresamente ni deducible de ninguna regulación, según el cual por esa provocación o ese simple consentimiento en el riesgo la víctima deje de merecer y necesitar protección jurídicopenal y el posible autor pueda lesionar impunemente sus bienes jurídicos. En efecto, por una parte, cuando sólo hay provocación involuntaria del riesgo, la víctima ni siquiera consiente en el riesgo, y cuando provoca consciente y voluntariamente el peligro, ciertamente consiente en el riesgo, pero en ambos casos la víctima no consiente en la lesión a sus bienes jurídicos (objetivamente producida por otro y soportada pasivamente por la víctima), que sería lo que en diversos delitos podría justificar la exención del autor, e incluso su consentimiento en la lesión en algunos delitos como homicidio o lesiones sería ineficaz.

Y además, desde la perspectiva de la parte objetiva del hecho, tampoco es el sujeto pasivo, sino el tercero, quien controla el curso del hecho, así que éste no le es imputable a la víctima sino al autor ^{25a}.

3. Crítica al principio de autorresponsabilidad

El principio de autorresponsabilidad ciertamente no lleva a una desprotección de la víctima tan amplia como a la que puede conducir la perspectiva victimodogmática, pues para imputar los resultados a la víctima no se conforma con que ésta provoque el riesgo consciente o inconscientemente, sino que exige que la víctima corra un riesgo consintiendo voluntariamente en él. Pero este principio, con independencia de sus distintas versiones, no se fundamenta suficientemente en una base legal, constitucional o de principios generales del Derecho, pues no es cierto que en el reconocimiento constitucional y jurídico de la libertad y la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad esté escrito como reverso que el sujeto tiene una *responsabilidad*

^{25a} La posición víctimodogmática que considera penalmente atípicas determinadas lesiones de bienes jurídicos ajenos porque la víctima, con determinados requisitos, ha provocado el riesgo o lo ha consentido y por eso se considera que no necesita ni merece protección penal, es tan inadmisibles como las posiciones, éstas desgraciadamente muy frecuentes, que en la legítima defensa sostienen que cuando el agredido ha provocado considerablemente –y para unos dolosamente, para otros incluso imprudentemente–, al agresor, la agresión sigue siendo ciertamente típica y antijurídica, pero al provocador no le cabe legítima defensa completa (en el CP español y regulaciones similares por no cumplirse el requisito 3º del art. 20, 4.º, la falta de provocación suficiente, y en otros sistemas jurídicos sin ese requisito legal por considerarse que procede una restricción del derecho de defensa), con lo cual la conducta del agresor seguirá estando penada y en ese sentido al agredido (y a la sociedad) no se le priva de la protección jurídica indirecta de la amenaza penal frente a los delincuentes, pero por ser provocador –del riesgo de agresión contra él– sí se le privaría de la protección jurídica directa en el momento de la agresión actual que supone la autorización para protegerse en legítima defensa propia, con lo cual injustificadamente por su conducta peligrosa anterior se le dejaría indefenso ante una agresión ilegítima delictiva; pues desde luego no puede ser justificación suficiente y convincente de esa extraña solución argumentar, al modo víctimodogmático, que si el sujeto ha provocado gravemente la agresión que luego le pone en peligro, no merece o no está necesitado de la protección jurídica en este caso de la propia defensa. Por esa razón el requisito legal de la falta de “provocación suficiente” en la legítima defensa sólo es sostenible interpretado del modo más restrictivo, y desde una perspectiva teleológica y axiológica coherente con el fundamento (doble) de la legítima defensa, como limitado únicamente a aquella provocación que sea suficiente para ilegitimar claramente al agredido para actuar como defensor no sólo de sus bienes jurídicos sino del Derecho también agredido, y desde esta posición de partida que propuso *Roxin* dando un paso más en dicha interpretación teleológico-valorativa restrictiva y entendiéndolo que esa eficacia ilegitimadora de la provocación que hace desaparecer la necesidad de defensa de los bienes y el Derecho por esa persona concreta sólo se dará cuando la provocación deje claro ante toda la comunidad que el provocador renuncia voluntariamente a la protección ante la agresión ilegítima por los medios jurídicos, la legítima defensa propia o en su caso la ayuda policial, lo que sólo se produce en caso de provocación o reto o bien aceptación del mismo para la riña mutuamente aceptada o para el duelo. Cfr. sobre las diversas posiciones sobre la provocación en la legítima defensa, sobre la posición de *ROXIN* y la mía propia, basada en aquélla pero considerablemente más restrictiva, *LUZÓN PEÑA*, Legítima defensa y estado de necesidad defensivo, en *Cobo* (dir.) *Comentarios a la Legislación Penal*, V, 1985, 263 ss.; tb. en *Luzón*, *Estudios Penales*, 1991, 151 ss.; y en *Luzón*, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 2.ª ed., Montevideo -Buenos Aires, 2002, 563 ss.; *Riña y legítima defensa* (Comentario a la STS 10-4-1989), LL 1989-3, 494 ss.; tb. en *Estudios Penales*, 1991, 168 ss., y en *Aspectos esenciales*, 2.ª, 2002, 581 ss.; *Curso DP*, PG I, 1996, 610 ss.

primaria o preferente –que en el fondo sería exclusiva y excluyente– en la organización de su vida y en la protección de sus bienes jurídicos, que implica que como regla si corre un riesgo, asume exclusivamente su responsabilidad y los *terceros ya no tendrían un deber de tutela y respeto de sus bienes jurídicos y quedarían exonerados de responsabilidad* si los lesionan; por tanto el pretendido principio de autorresponsabilidad es una mera *petitio principii*. Además este principio es nuevamente excesivamente general e indeterminado, y ello explica que haya tanta diferencia entre unas versiones y otras del mismo en cuanto a su alcance; y cuando se lo precisa suficientemente, como CANCIO, no se fundamenta el por qué de esos límites y restricciones, y además no siempre son satisfactorias las consecuencias concretas a las que llega.

4. Principio de alteridad o de no identidad como fundamento de la imputación (y de identidad o no alteridad como fundamento de la no imputación); concreción del mismo

El desarrollo y precisión del criterio ideado por ROXIN, según el cual no hay imputación objetiva en el mero favorecimiento de la autopuesta en peligro, pero sí se puede imputar objetivamente la heteropuesta en peligro aceptada o consentida, si bien con la excepción de aquella puesta en peligro ajena consentida que realmente equivalga al favorecimiento de una autopuesta en peligro, criterio que considero correcto como punto de partida, necesita sin embargo una fundamentación material más sólida que la ofrecida por su creador.

Y además, es preciso proceder en dos pasos: primero fundamentar materialmente la regla: fundamentar por qué se imputa la heteropuesta en peligro aunque sea consentida y no el favorecimiento de la autopuesta en peligro; y en segundo lugar fundamentar y precisar mejor cuándo se puede establecer la excepción de que una aparente puesta en peligro ajena consentida realmente equivale a un mero favorecimiento de una autopuesta en peligro.

En cuanto a lo primero, a la regla, su justificación no puede limitarse a fundamentar tal criterio en el argumento sistemático de similitud y coherencia (argumentación *a maiore ad minus*) con la impunidad por atipicidad de la simple participación en el suicidio o la autolesión, frente a la tipicidad del homicidio consentido y de muchas lesiones consentidas; pues ese argumento sistemático-formal es válido en la regulación positiva de algunos ordenamientos como el alemán, pero a la

posición de ROXIN se le puede hacer la objeción que formulan algunos de que en los CP como el español, que sí castigan la participación en el suicidio, no vale el argumento, *a maiore ad minus* (de mayor a menor), de que si se puede lo más, participar en el suicidio, también se puede lo menos, participar en la autopuesta en peligro de la vida²⁶. Ciertamente (aunque esto no siempre lo añaden quienes hacen esa objeción), habrá que reconocer que el argumento de ROXIN sí es válido para el resto de los casos de participación en autopuestas en peligro de otros bienes jurídicos, puesto que la autolesión de los restantes bienes jurídicos personales es atípica (salvo que se vea afectado algún interés comunitario) y por tanto también es atípica la mera participación en tal autolesión. Ahora bien, incluso en el caso de la vida, cabe perfectamente sostener que el mero favorecimiento de una autopuesta en peligro de la misma es atípico e incluso lícito (salvo excepciones)²⁷ pese a que no lo sea el favorecimiento del suicidio (de la autolesión –aquí autodestrucción– voluntaria de la vida): pues el grado de peligro para la vida es mucho mayor en el intento de suicidio voluntario, encaminado precisamente a matarse y poniendo todos los medios para ello, y por tanto también es muy elevado el grado de peligro que supone el favorecer un intento de suicidio; mientras que en la autopuesta en peligro de la vida sin voluntad de destruirla

²⁶ Así (defendiendo entonces responsabilidad por imprudencia –autoría imprudente– en el tercero que favorece la autopuesta en peligro de la vida si la víctima muere) p.ej. TORÍO, LH-Fdez. Albor, 1989, 720; CEREZO, Curso II, 6ª, 1998, 107-108, 184 n. 100 (en I 4ª, 348). Argumentando exclusivamente con la regulación española de la participación en el suicidio y del homicidio doloso o imprudente, GIMBERNAT, RDPCr, extraord. 2 2004, 76 ss., 88 ss., destaca que el CP sí castiga la participación dolosa en el suicidio pero no la participación imprudente en el mismo, y de ahí deriva que la participación imprudente –sin pronunciarse sobre la dolosa– en una autopuesta en peligro también ha de ser impune y que la heteropuesta en peligro consentida es punible (todo ello sin mencionar siquiera que esa es la distinción elaborada por ROXIN desde los años 70, y sin manejar su matización de la equivalencia de algunas heteropuestas en peligro con la participación en autopuestas en peligro; sigue sin mencionarlo en ADPCP 2005, 733 ss., pese a citar en cambio en 736 s. doctrina que critica el argumento *a maiore ad minus*). Ya hemos visto (*supra* n. 3) que ROXIN, AT, 4ª, 2006, § 11 n. 230; PG, 1997, § 11, n. 132, añade que además de ese argumento de Derecho positivo alemán hay que tener en cuenta “la decisión valorativa normativa que hay tras ello, a saber: que no hay ninguna razón para restringir la libertad de actuación de los intervinientes en la medida en que nadie sea puesto en peligro contra su voluntad”; esto ya supone un esbozo de fundamentación material, pero no está suficientemente desarrollada.

²⁷ Dichas excepciones pueden ser: por motivos de salud pública y de no plena libertad en el consumidor, como las del favorecimiento del consumo de drogas o en otros sectores jurídicos incluso el del tabaco; o por otros motivos de interés público que llevan al ordenamiento a una política tuitiva o tutelar (paternalista según los críticos) de la vida e integridad de los afectados pese a su consentimiento en el riesgo: así en la circulación por vías públicas (prohibición y sanciones a motoristas que no usan el casco o a usuarios de automóviles que no usan el cinturón de seguridad) seguramente por la preocupación que suscita la mayor frecuencia estadística de accidentes graves en la circulación, o en el ámbito laboral –seguramente en consideración a la menor preparación de los trabajadores y sobre todo por la posición de garante del empresario–, en materia de seguridad e higiene en el trabajo, donde (como destaca en este contexto de la imputación objetiva PÉREZ ALONSO, en ZUGALDÍA (dir.), Fund PG, 4ª, 2010, 248) tiene nula relevancia la autopuesta en peligro del trabajador si el empresario incumple sus deberes al respecto, incurriendo en los delitos del art. 316 CP o incluso de homicidio o lesiones imprudentes.

(autopuesta en peligro imprudente o incluso con voluntad consciente de correr el peligro, pero sin voluntad de acabar con la propia vida), el grado objetivo de riesgo *ex ante* es mucho menor precisamente por la actitud del sujeto de poner medios para evitar el resultado mortal.

Un principio jurídico general, que hunde sus raíces en la antigüedad y concretamente en el Derecho romano, es el **“principio de alteridad” o “ajenidad” de la lesión** (*alterum non laedere*²⁸, no dañar o lesionar al otro) para que surja responsabilidad jurídica; principio que se puede formular de modo negativo como **“principio de no identidad” entre el autor y la víctima de la lesión** para la existencia de responsabilidad jurídica, porque se parte de la base de que si un sujeto se daña a sí mismo, eso como regla no afecta a la convivencia externa y por tanto al Derecho, sino en todo caso al ámbito interno de la moral. De ahí deriva directamente en la Ilustración el principio liberal de lesividad, nocividad u ofensividad como límite del *ius puniendi* (que modernamente se denomina principio de protección exclusiva de bienes jurídicos): que para ser delito una conducta tiene que suponer un daño ajeno concreto, para otro o para la comunidad, y no basta su inmoralidad. Y a lo largo del siglo XX, como sabemos, la ofensividad o nocividad como base de la antijuridicidad material no se limita a la lesión, sino que se amplía también a la peligrosidad para bienes jurídicos ajenos, por lo que debe ampliarse la formulación del principio (prohibición) de alteridad como no lesionar a otro y no poner en peligro a otro (**principio de alteridad de la puesta en peligro**). En cambio –salvo alguna excepción concreta como las indicadas por razones de interés público– no existe prohibición de “identidad”, de lesionarse o ponerse en peligro a sí mismo, a los bienes jurídicos propios²⁹ (**principio de no identidad entre autor y víctima de la puesta en peligro**); y al no estar prohibido como regla lo principal, la autolesión o la autopuesta en peligro, tampoco –menos aún– se prohíbe el simple favorecimiento ajeno de la misma, que no está jurídicamente prohibida.

²⁸ Así la célebre fórmula de Ulpiano en sus Instituciones (entre 211 y 222) y acogida posteriormente en el año 533 en el Digesto (Corpus iuris civilis justiniano, t. II: Dig. I, 1, 10, 1; y I, 1, 1, 3) *“Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere”*: “Los preceptos del derecho son éstos: vivir honestamente, no dañar al otro, dar (tributar) a cada uno lo suyo”; y recogida en la Edad Media por S. Raimundo de Peñafort en sus Summa iuris y por la Partida 3.ª, Título I, [ley 3ª](#).

²⁹ Si en Derecho romano se hubiera tenido esta perspectiva, se habría formulado el principio (prohibición) de alteridad como *alterum non laedere atque periculum altero non inicere*: no lesionar a otro y no poner en peligro a otro; en cambio, no existe la máxima *se ipsum non laedere* (o por ampliación, *se ipso periculum non inicere*): no lesionarse a sí mismo (o no ponerse en peligro a sí mismo).

5. Concreción del principio de alteridad en la regla en caso de consentimiento: imputación de la autoría de heteropuesta en peligro consentida y no imputación de la mera participación en una autopuesta en peligro

a) *Imputación objetiva*

La aplicación de los principios hasta aquí expuestos puede parecer en principio que plantea alguna duda en el caso de consentimiento de la víctima, en el riesgo o incluso en la lesión, respecto de una heteropuesta en peligro o heterolesión. En efecto, aunque sea la actuación del tercero y no la de la víctima la que ponga en peligro y la que finalmente lesione el bien jurídico y por tanto parece que sería aplicable el criterio de la alteridad y por ello la imputación objetiva al tercero, sin embargo por otra parte cabría sostener que, como al fin y al cabo el titular del bien jurídico consiente en su puesta en peligro, o incluso en algunos casos en su lesión, en definitiva es él con su consentimiento quien somete al bien jurídico al peligro, y se podría mantener por tanto que sería aplicable más bien el criterio de la identidad entre víctima y autor de la puesta en peligro y con ello la imputación sólo a la víctima y no al tercero. No obstante, lo decisivo es que **en la heteropuesta en peligro consentida el sujeto pasivo, por mucho que consienta en el riesgo, tiene un papel puramente pasivo y deja que sea el tercero quien de modo doloso o imprudente controle y determine objetivamente el peligro, el curso del hecho** (tenga el dominio en caso de dolo) y sea autor exclusivo de la puesta en peligro y posterior lesión, teniendo en sus manos con lo que vaya haciendo el crear, incrementar o disminuir el peligro y el controlarlo o perder el control (control objetivo del peligro o del riesgo que coincide materialmente con mi criterio de la determinación objetiva del hecho como criterio de autoría, especialmente imprudente³⁰), así que no se puede decir que es la víctima quien somete el bien jurídico al peligro. Por consiguiente, la regla es que en la heteropuesta en peligro o autoría de una puesta en peligro ajena, por mucho que sea aceptada o consentida por la víctima, es aplicable como totalmente prevalente el criterio de la alteridad (la prohibición de lesionar o poner en peligro a otro) y por tanto la imputación objetiva del resultado a la puesta en peligro realizada por el tercero; salvo en los casos excepcionales de equiparación al mero favorecimiento de una

³⁰ Cfr. LUZÓN PEÑA, La “determinación objetiva del hecho”. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado, ADPCP 1989, 889 ss.= DPCir, 1990, 105 ss.= EPen, 1991, 197 ss.; PG I, 1996, 509 ss.; LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría, AFDUA 1998-99 extraord., 2000, 53 ss.; FS-Roxin, 2001, 575 ss. Pero respecto del riesgo creo que no hay dificultad en hablar de un control objetivo del mismo, lo que resulta más problemático lingüísticamente en un “control objetivo del hecho” en un delito de lesión, lo que me inclinó a optar por la fórmula “determinación objetiva del hecho”.

autopuesta en peligro: v. *infra* III. 6. Y exactamente lo mismo ocurre y por las mismas razones en los supuestos de heterolesión o lesión ajena consentida –en los que la víctima no sólo consiente en el riesgo, sino también en la lesión– a efectos de imputación objetiva, es decir que el resultado no se le puede imputar objetivamente a la conducta pasiva de la víctima, que no crea ni domina o determina objetivamente el riesgo, sino a la conducta que tiene esa cualidad (de modo doloso o excepcionalmente imprudente), o sea la del tercero autor de la lesión; otra cosa es, como luego veremos, que pese a la imputación objetiva el consentimiento pueda en algunos delitos operar como causa de justificación o de atipicidad.

Por el contrario, en caso de autopuesta en peligro (en la que la víctima acepta el peligro, pero no la lesión) favorecida por un tercero, por mucho que el tercero colabore o lo facilite no controla en absoluto la situación, **el único que tiene en sus manos el control o determinación objetiva** (o incluso el dominio si maneja el riesgo consciente y voluntariamente) **del curso peligroso**, de si se modifica, aumenta, disminuye o cesa, y por tanto el único que es autor de la puesta en peligro de su bien jurídico **es el propio sujeto pasivo**, de cuya conducta el tercero es mero partícipe. Por ello no es aplicable el criterio de la alteridad, sino el de la identidad entre autor y víctima de la puesta en peligro, con la consiguiente imputación del resultado al propio sujeto pasivo y no a la conducta del tercero. Y exactamente lo mismo y por las mismas razones rige en cuanto a imputación objetiva en la mera participación de un tercero en una autolesión (en la que la víctima acepta la propia lesión). Ya veremos (*infra* 5.b.2) si eso implica siempre también impunidad o si puede haber algún caso de participación en una autolesión voluntaria que se declare punible por otra razón.

Resumiendo: a efectos de imputación objetiva la solución es la misma para la heteropuesta en peligro consentida que para la heterolesión consentida: en ambos casos hay alteridad, no identidad y por ello imputación objetiva del resultado a la actuación del tercero; e igualmente es la misma en sentido inverso para la mera participación en una autopuesta en peligro que en una autolesión: identidad, no alteridad y por ello no imputación objetiva del resultado a la participación del tercero (se imputa sólo a la conducta de la propia víctima).

b) Responsabilidad penal

Pero con la afirmación o exclusión de la imputación objetiva no se cierra definitivamente la cuestión de si hay responsabilidad penal, pues aún hay que examinar

si, pese a la imputación objetiva, el consentimiento opera como eximente (de la lesión consentida) en algunos delitos; y en sentido inverso también hay que examinar si, pese a la no imputación objetiva del resultado a la mera participación del tercero en una autolesión o autopuesta en peligro, existe algún supuesto en que excepcionalmente la ley castigue por sí misma tal participación. A diferencia de la imputación objetiva, la cuestión de si hay finalmente responsabilidad penal puede ser distinta en la heteropuesta en peligro consentida frente a la heterolesión consentida; y en la participación en una autopuesta en peligro frente a la participación en algún caso de autolesión.

1) En la heteropuesta en peligro aceptada o consentida, como el sujeto pasivo sólo consiente en el riesgo, pero no en el resultado lesivo (no quiere que su bien jurídico sea lesionado, confía en que se salve pese a aceptar su puesta en riesgo), el consentimiento no puede operar como eximente, sea causa de atipicidad o de justificación, y por tanto no sólo hay imputación objetiva, sino también responsabilidad penal. En cambio, si el sujeto pasivo consiente no sólo la heteropuesta en peligro sino también la lesión de su bien jurídico por otro, o sea en la heterolesión consentida, dicho consentimiento ciertamente, por la irreparabilidad o difícil y no plena reparabilidad del daño y otras consideraciones de intereses públicos, no opera como eximente en algunos delitos, fundamentalmente el homicidio y los delitos (no las faltas) de lesiones con algunas excepciones, pero sí tiene efecto eximente, excluyente de la tipicidad o justificante en la mayoría de los delitos contra bienes jurídicos personales salvo que afecten también a algún interés público.

2) En la mera participación ajena en una autopuesta en peligro (en la que el titular del bien jurídico consiente en el peligro, pero no en su lesión), como la autopuesta en peligro no afecta a otros no está prohibida penalmente y por ello su mero favorecimiento, en virtud de la accesoriedad de la participación, también es impune como regla absolutamente general, incluso en el caso de autopuesta en peligro de la vida, en el que no se hace una excepción para la participación, a diferencia de la participación en el suicidio, dado que al no querer matarse la víctima, es bastante menor el riesgo que implica la ayuda. Solamente, como hemos visto³¹, en algunos sectores de actividad –como circulación, salud pública, seguridad laboral– en que la autopuesta en peligro de salud o vida y su favorecimiento se considera que afectan a intereses públicos, excepcionalmente se prohíbe tal favorecimiento como un ilícito administrativo

³¹ Cfr. supra n. 27.

o en algún caso penal. En cambio, en la participación ajena en una autolesión voluntaria (con voluntad directa o al menos eventual de lesionar el propio bien jurídico) ciertamente rige también la regla general de la atipicidad de la autolesión de un bien jurídico y la consiguiente atipicidad de la mera participación, pero en el caso de los bienes jurídicos personales más importantes, salud y vida, no sólo rigen las mismas excepciones para algunos sectores de actividad que en el favorecimiento de la autopuesta en peligro, sino que para el bien jurídico más importante, la vida, existe en Derecho español y en otros ordenamientos (no así en el alemán p. ej.) una excepción general, debida a importantes intereses de orden público y no limitada a algunos sectores de actividad, sino que tipifica penalmente en todos los sectores la participación en el suicidio³² como delito autónomo para evitar su impunidad por la accesoriedad de la participación; la diferencia de trato con la participación en la simple autopuesta en peligro de la vida se explica porque, al tener el suicida voluntad de matarse y de no intentar evitar su muerte, el grado de peligro del favorecimiento de esa conducta es mucho mayor, de casi seguridad, como hemos visto, y se trata por ello de favorecimiento no de una conducta simplemente arriesgada, que muchas personas realizan precisamente porque confían en no morir, que es el deseo natural por el instinto de conservación, sino de una conducta, la suicida, nada normal y debida a situaciones límite o incluso de no plena responsabilidad.

6. Excepción: La equiparación de alguna heteropuesta en peligro consentida a la participación en una autopuesta en peligro: el control objetivo del riesgo o peligro por la víctima

Para que lo que en principio parece un mero consentimiento en una puesta en peligro por un tercero se pueda equiparar a una autopuesta en peligro de la víctima que favorece el tercero, no puede bastar con los requisitos, exigidos por *Roxin*, de que la víctima tenga el mismo conocimiento del riesgo que el agente, que sea imputable y no esté coaccionada y que el tercero no cometa otros fallos y vaya más allá de lo que acepta o le pide la víctima. Pues por mucho que sea así y la víctima conozca bien el peligro en que la pone el otro, ello no se convierte en una autopuesta en peligro de la

³² Pero hay que advertir que el art. 143.1 y 2 del actual CP 1995 sólo castiga la inducción y la cooperación necesaria al suicidio, pero no la mera complicidad, a diferencia de la regulación en los anteriores CP españoles, que castigaba tanto la inducción como toda cooperación en el suicidio, sin distinguir si era cooperación necesaria o complicidad.

que es autor la víctima si ésta no llega a tener control objetivo sobre el hecho peligroso. Veámoslo.

Donde el ordenamiento jurídico, y no sólo el penal, manifiesta claramente su decisión normativa de cómo se distribuyen los ámbitos de responsabilidad, y cuándo se imputa el hecho precisamente a la conducta de la víctima y no al tercero agente, es precisamente en los supuestos de autoría exclusiva por parte de la víctima; y lo que habrá que examinar entonces es si se pueden equiparar a éstos otros supuestos de autoría compartida con otro agente, es decir, de lo que se denominaría coautoría en la teoría de la autoría y participación delictiva.

En general las categorías de la autoría y la participación son también formas de imputación, directa o accesoria, aunque distintas de la imputación objetiva. Ahora bien, en el caso de intervención de la víctima junto con otro sujeto agente existe la peculiaridad de que los bienes jurídicos afectados, puestos en riesgo, son precisamente de uno de los intervinientes, y por tanto respecto de éste la aplicación de las categorías de la autoría y participación no tiene el sentido de determinar su posible responsabilidad penal; pero sí tiene el sentido de indicar dónde –por ser autoría– se puede imputar la responsabilidad primaria (no necesariamente penal) por el hecho y a qué conducta –por ser mera participación– sólo se le puede imputar en su caso una responsabilidad accesoria. Con otra peculiaridad: que si en algún caso la víctima es coautor (aunque involuntariamente en cuanto a la lesión) de su puesta en peligro y posterior lesión, parece más adecuado que la puesta en peligro o la lesión se le impute primariamente a ella y no al otro coautor.

Todo depende de **si la víctima**, la persona lesionada en sus bienes jurídicos, **tenía, aunque sea compartido con el otro agente, el control objetivo del riesgo, del hecho peligroso** (control objetivo del peligro o del riesgo que, como he destacado *supra* III.5.a), coincide materialmente con mi criterio de la determinación objetiva del hecho como criterio de autoría, especialmente imprudente, pero sin la mayor dificultad lingüística que tendría hablar de control objetivo del hecho en un delito de lesión); si lo tiene, que es la circunstancia que da lugar a coautoría, la víctima ya se está poniendo activamente a sí misma en peligro, ya es autor de su puesta en peligro³³, que ahora sí se

³³ Ese control de la víctima sobre el riesgo, compartido con el otro agente, es lo que fundamenta la coautoría, el dominio o control compartido o, en hechos imprudentes, la co-determinación objetiva del hecho (cuando se trata del supuesto normal de hechos contra bienes jurídicos ajenos). Como hemos visto,

puede afirmar que es “cosa suya”, “obra suya” y no exclusivamente de otro (aquí sí está plenamente justificada la perspectiva del principio de autorresponsabilidad de que ese riesgo entra de lleno en el campo de la propia responsabilidad, de la esfera de organización del sujeto en sus cosas, del obrar a propio riesgo). Por tanto, *lo que cuenta es, no el conocimiento ni siquiera exacto del riesgo o el consentimiento en el mismo, sino el control objetivo del riesgo por la víctima*. Y en tales casos parece más justificado considerar que de los dos co-autores prevalece y predomina la autoría de la propia víctima sobre la puesta en peligro y no la autoría ajena, que **prevalece aquí la perspectiva de la “identidad” entre la creación del riesgo y víctima, de la “no alteridad”** de la creación del riesgo, y por tanto de la imputación primaria del riesgo y de su resultado a la conducta de la propia víctima. Pues, siendo suyos los bienes jurídicos afectados y siendo esa persona la esencial y primariamente interesada en su protección, al renunciar en parte a la misma por consentir en el riesgo no lo hace de modo simplemente pasivo dejando en manos de otro el control del hecho y la puesta en peligro, sino que interviene activamente controlando su propia puesta en peligro; por tanto, asume el papel primario y decisivo en su puesta en peligro, en su autopuesta en peligro, por mucho que comparta el control del riesgo con un tercero. Así indudablemente se considera y se valora socialmente tal intervención de la víctima y ello tiene la correspondiente acogida jurídica. En consecuencia, resulta justificado que por ser prioritaria la imputación del riesgo a la víctima *se excluya la imputación objetiva a la conducta del tercero agente como autoría de la puesta en peligro* y se la considere como mera participación secundaria (favorecimiento) atípica en una autopuesta en peligro.

Resumidamente: el control o dominio compartido del riesgo (sobre el hecho peligroso) entre la víctima y un tercero da lugar a que en estos casos **lo que en principio sería coautoría del tercero** (coautoría si se tratara de control o dominio compartido de dos terceros en la puesta en peligro de un bien jurídico ajeno) **valorativamente se convierta en simple participación secundaria (y atípica) en la autopuesta en peligro de la víctima**.

Ejemplos de equivalencia al favorecimiento de una autopuesta en peligro (y por tanto falta de imputación objetiva del resultado al tercero): La persona que acepta (a

no basta con los requisitos, exigidos por ROXIN, de que la víctima tenga el mismo conocimiento que el agente etc., si ésta no llega a tener control objetivo sobre el hecho peligroso.

iniciativa del otro o suya o de ambos) tener acceso carnal sin protección, una o varias veces, con otra persona que sabe que está infectada de sida, tiene el mismo grado de control que ésta –por mucho que sea el infectado quien pueda contagiar al no infectado– sobre el hecho de llevar a cabo la actividad sexual peligrosa y el mismo grado de control o falta de control que el ya infectado sobre las posibles consecuencias lesivas. En el caso del barquero, el pasajero que le pide al barquero que se adentre a cruzar el río pese a que el barquero se lo desaconseja por la enorme turbulencia de las aguas, tiene el mismo grado de control y de poder ordenar que den marcha atrás que el barquero hasta que ambos se meten con la barca en la zona turbulenta, y a partir de ese momento realmente el descontrol de la barca por el barquero es prácticamente idéntico al del pasajero, de modo que la suerte de éste y de ambos ya no está en manos (en el control) del barquero, sino de los elementos. Igual sucede en la persona que como acompañante acepta o incluso incita al conductor de un vehículo a que marche a velocidad excesiva, si puede controlar el riesgo igual que el conductor (igual grado de influencia positiva o negativa sobre la actividad peligrosa y de control o descontrol sobre sus posibles consecuencias) porque éste se ha comprometido a reducir de inmediato la velocidad en cuanto se lo diga el acompañante, o porque éste dispone de un mecanismo que le permite frenar la velocidad en cualquier momento, p.ej. un sistema electrónico de corte de la velocidad, o pedales de freno y embrague para el copiloto como en los vehículos de las autoescuelas.

Esa situación no se produce en cambio en el ejemplo del acompañante que acepta que le lleve en automóvil una persona que ha bebido bastante alcohol, porque el acompañante no tiene en absoluto posibilidad de controlar el riesgo; o lo mismo sucede en caso de que un paciente se someta a una operación excesivamente arriesgada y no conforme a lo indicado médicamente, porque una vez que comienza la intervención, y más aún si es con anestesia, el paciente no controla en absoluto el riesgo, que queda únicamente en manos del equipo quirúrgico. En tales casos por tanto sí habrá imputación objetiva del daño que sufra la víctima a la puesta en peligro del tercero. Y el caso de los “auto-surfistas”, en el que ROXIN sostiene que la puesta en peligro ajena consentida equivale a mera participación impune en una autopuesta en peligro porque los jóvenes conocían el riesgo exactamente igual que el conductor, debe solucionarse no obstante desde la perspectiva del control del riesgo. Y aunque en principio pudiera pensarse, al haberse pactado la velocidad con el conductor, en una analogía con el

supuesto del copiloto que incita al conductor a ir a velocidad excesiva pero comprometiéndose a parar de inmediato si se lo pide el copiloto, sin embargo aquí los jóvenes “surfistas” no controlaban en absoluto el riesgo, pues una vez en marcha el vehículo desde lo alto del techo les sería difícilísimo o imposible indicar al conductor que redujera o parara la marcha y además, al no controlar los giros y movimientos del auto, no podían controlar tampoco la posibilidad de pérdida de equilibrio y salir despedidos; y por cierto, lo mismo sucedería si el “surfing” lo hubieran practicado subidos en tablas de patines y agarrados al lateral del vehículo. Por tanto, al tratarse de una heteropuesta en peligro consentida (y gravemente imprudente) no equivalente a la autopuesta en peligro, sí hay imputación objetiva del resultado de las lesiones y por ello responsabilidad del conductor por lesiones por imprudencia grave.

Para evitar malentendidos, en vista de alguna duda que formula *Roxin* frente a esta posición mía planteando la duda de si en los ejemplos citados la víctima realmente tiene o no el control del riesgo, conviene aclarar lo siguiente³⁴: el criterio del control del riesgo por la propia víctima o sólo por el tercero, que considero decisivo para calificar la conducta del tercero como mera participación en una autopuesta en peligro o por el contrario como heteropuesta en peligro consentida, es **control objetivo e inicial del riesgo**. Es control *objetivo* de la situación de riesgo o peligro por la conducta del sujeto, porque dicho control puede ser ciertamente consciente y voluntario por parte del sujeto, que dirige conscientemente sus actos e intenta dominar la situación, pero también puede ser que la actuación simplemente controle objetivamente, pero sin expresa voluntad o incluso inconscientemente, la situación de peligro, en el sentido de que de hecho la ponga en marcha, la mantenga constante, o la modifique incrementándola, conteniéndola o frenándola. Y es *control inicial del riesgo*, aunque éste se des controle al final y por tanto la actuación pierda ya el control del peligro en la fase final, por lo siguiente: *Dado que se trata precisamente de control objetivo sólo de un riesgo, pero no de control de un proceso lesivo –más o menos– seguro, o bien por la actuación de la víctima o (solamente o también) por la actuación del tercero, y dado que el agente (sea la víctima o el autor) a lo sumo acepta correr el riesgo, pero no quiere la lesión,*

³⁴ Todo este párrafo supone una respuesta a objeciones y dudas que me ha planteado *C. Roxin*, InDret 2013-1, 20 s. (respecto de la primera versión alemana de este trabajo en GA 2011-5, 169 ss.), sobre todo sobre si realmente puede hablarse de control del riesgo en estos supuestos, aduciendo que “la existencia de una posibilidad de control es a menudo dudosa”, p. ej. si en el caso del conductor que maneja el automóvil en estado de embriaguez el acompañante no puede hacer que se detenga, o si la pareja de un infectado aún puede interrumpir la relación sexual inmediatamente antes del estadio de infección, o si el barquero estaba tan indefenso en la tormenta como los pasajeros.

ciertamente *el sujeto al principio con su conducta controla objetivamente*, como hemos visto, *la creación, mantenimiento o modificación del riesgo*, es decir la acción determina objetivamente un proceso causal peligroso pero, a diferencia de los delitos lesivos dolosos, *intentando contener el riesgo para que no cause lesión* (y ello sucede incluso en el ejemplo extremo del conductor que maneja el volante y los mandos en estado de ebriedad, favorecido o impulsado a ello por tercero que le deja el vehículo o le acompaña, en el que el conductor, pese a sus mermadas capacidades y la imprudencia de conducir así, es quien maneja las mandos y con ello crea y prosigue el riesgo, pero también mantiene al principio pese a todo un cierto control del riesgo). Pero a pesar de ello *llega un momento* (generalmente, y siempre en los casos que aquí nos ocupan en los que el riesgo se transforma en resultado lesivo) *en el cual el acontecer peligroso* – p.ej. el modo de manejar del conductor bebido– *escapa ya al control del agente, aquí al control de contención*, no el control para transformar el peligro en lesión, y se produce el resultado lesivo no deseado. Pero **ello no obsta para nada a que en el estadio inicial** en unos casos la conducta de **la víctima controla objetivamente** por sí sola o decisivamente **el riesgo para sí**, por lo que la conducta del tercero (fácticamente o en los casos de “coautoría” normativamente) sólo favorece o participa en esa autopuesta en peligro, mientras que en otros casos es la conducta del tercero la que en la fase inicial controla objetivamente el riesgo y la víctima sólo consiente y favorece ese riesgo para sí, con las distintas consecuencias que estamos viendo.

7. No imputación objetiva pero posible responsabilidad extrapenal

El que no haya responsabilidad penal por falta de imputación objetiva al no encajar en el fin de protección de la norma (penal) estos casos de coautoría del tercero y la víctima en la actividad peligrosa equiparables a la simple participación en una autopuesta en peligro, no quiere decir necesariamente que no haya responsabilidad jurídica extrapenal del tercero coautor. Pues puede sostenerse que su conducta no alcanza el grado de peligrosidad y relevancia preciso para considerarla un ilícito penal, pero tal puesta en peligro ajena consentida y controlada también por la víctima no es una conducta totalmente no peligrosa y no se puede decir que no afecte en absoluto a intereses públicos, por lo que podría constituir un ilícito extrapenal, concretamente administrativo si infringe alguna norma de ese sector. Ello de modo paralelo al hecho, que ya hemos visto (*supra* III.5.b.2), de que la participación impune en una autopuesta

en peligro, e incluso la propia autopuesta en peligro constituyen en algunos sectores de actividad ilícitos administrativos.

8. Excepción: responsabilidad por omisión pese a haber mera participación en una autopuesta en peligro

Ciertamente puede haber casos de mero favorecimiento o simple participación en una autopuesta en peligro en que se castigue con otro fundamento: la omisión en posición de garante del favorecedor bajo ciertos requisitos: o bien una previsión legal expresa para algunos ámbitos o bien que tal conducta encaje en los requisitos generales de la comisión por omisión de un delito de resultado. Pero en tal caso el castigo se produce desde la perspectiva de la omisión, o sea desde otro título de imputación, y es absolutamente independiente de si la conducta del omitente además favorecía la autopuesta en peligro ajena o no³⁵. Así sucede p. ej. en el campo de los delitos laborales respecto del empresario o directivos de empresa garantes de la integridad de los trabajadores, aunque éstos se pongan voluntariamente en peligro, en la peculiar figura de omisión de garante del art. 316 CP: “los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física”. Y lo mismo ocurrirá si en algún caso la conducta favorecedora de la autopuesta en peligro ajena cumple todos los requisitos del art. 11 para constituir comisión por omisión dolosa o imprudente de un delito de resultado: deber especial de garantía y equivalencia con la causación activa.

* * * * *

³⁵ Como hemos visto, también ROXIN o CANCIO hacen una excepción en sus planteamientos de impunidad, o por equivalencia a la mera participación en una autopuesta en peligro (ROXIN) o por el principio de autorresponsabilidad si hay una organización conjunta del riesgo (CANCIO), cuando el tercero no tiene la misma posición de responsabilidad por el riesgo que la víctima, sino una superior: así (cfr. *supra* II.1 y n. 7) ROXIN, AT I, 4ª, 2006, § 11 nm. 124; PG I, 1997, § 11 nm. 100, con especial referencia a la posición superior del empresario e inferior del trabajador frente a la infracción de las normas de evitación de accidentes laborales; o en la formulación de CANCIO (cfr. *supra* II.3 y n. 19), cuando el autor tenga un deber de protección específico frente a los bienes de la víctima: CANCIO, 1998, 275 ss., espec. 284 ss. Pero no lo fundamentan expresamente en que esto es una aplicación de la perspectiva de la responsabilidad por omisión para quienes tienen posiciones y deberes de garante.

Prof. Dr. Javier de Vicente Remesal

Catedrático de Derecho Penal. Univ. de Vigo, España.
Presidente de la FICP

~La inhabilitación profesional médica: ¿para el ejercicio de la medicina en general, o sólo para la especialidad?¹~

Sumario.- I. Introducción. 1. La regulación legal. 2. Planteamiento de los problemas. II. El concepto imprudencia profesional y el carácter preceptivo o potestativo de la inhabilitación profesional como pena principal. 1. El concepto imprudencia profesional en la doctrina y en la jurisprudencia. 2. Toma de posición sobre la imprudencia profesional: el concepto imprudencia grave –en lugar de imprudencia profesional- como referencia más adecuada y suficiente. 3. Toma de posición sobre el carácter preceptivo o potestativo de la inhabilitación profesional como pena principal. 4. Propuesta *lege ferenda*. III. El problema del alcance de la pena de inhabilitación profesional médica. 1. La cuestionabilidad del alcance de la pena de inhabilitación profesional en el ámbito médico para la doctrina y la jurisprudencia. 2. Toma de posición: la posibilidad y, según los casos, procedencia de restringir la pena de inhabilitación profesional médica al ejercicio de una especialidad o actividad. IV. La teoría aplicada a los casos y ejemplos de referencia: conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

1. La regulación legal

El Código Penal español prevé la pena de inhabilitación profesional como pena principal en un gran número de delitos, algunos de los cuales son especialmente de posible comisión en el ejercicio de la profesión médico-sanitaria propiamente dicha. La práctica totalidad de los hechos que se cometen y en su caso enjuician en dicho ejercicio son imprudentes, para los cuales, cuando concurre imprudencia profesional, el tipo prevé la pena de inhabilitación profesional con la expresión genérica de *inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo*. Así, el homicidio (142.1 pfo.4º), aborto (146 en relación con 144-145 bis), lesiones (152.1 etc. 147-151) y lesiones al feto (158 etc. 157). A ellos me referiré fundamentalmente en este trabajo. Por el contrario, en los correspondientes delitos dolosos, mientras en algunos casos no se contempla en el tipo la inhabilitación profesional como pena principal (homicidio, lesiones), en otros se contempla, o bien extendiéndola expresamente al ejercicio de la profesión médica en general (así, en determinadas modalidades de aborto y en las

¹ Ponencia presentada el día 18 de junio de 2015 en el XVIII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal (Derecho Penal General y Derecho Penal de Empresa), celebrado los días 18 y 19 de junio de 2015 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá, organizado por el Área de Derecho Penal y la Fundación Internacional de Ciencias Penales. En la publicación de esta ponencia se han reducido al mínimo las numerosas notas de referencias doctrinales y jurisprudenciales del documento matriz, que será objeto de una publicación posterior más detallada. Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación “*Responsabilidad de personas físicas y jurídicas en el ámbito médico-sanitario: estrategias para la prevención de errores médicos y eventos adversos*”, DER2011-22934, del Ministerio de Ciencia e Innovación (España). IP: Javier de Vicente Remesal.

lesiones dolosas al feto), o bien con la mencionada referencia genérica a la inhabilitación profesional².

Volviendo a los mencionados delitos imprudentes, resulta excluida, por tanto, la previsión de la inhabilitación profesional como pena principal en los casos de imprudencia menos grave³ (en el aborto, porque con dicha imprudencia ya no constituye delito; en el homicidio, porque da lugar a la pena de multa de tres meses a dieciocho meses, y en las lesiones a una pena de multa de tres meses a doce meses), y por supuesto en los de imprudencia leve, que sólo puede dar lugar a responsabilidad extrapenal. Pero también queda excluida en los casos de imprudencia grave no constitutiva de imprudencia profesional.

Por otra parte, el CP también prevé la inhabilitación profesional como pena accesoria⁴, pues a tenor del art. 56 es una de las que llevan consigo las penas de prisión inferiores a diez años. Y esto afecta, en virtud de las penas de prisión previstas cuando sólo concurre imprudencia grave, a los mencionados delitos de homicidio (pena de prisión de uno a cuatro años), aborto (pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses), lesiones (pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a dieciocho meses, si se tratare de las lesiones del apartado 1 del artículo 147; pena de prisión de uno a tres años, si se tratare de las lesiones del artículo 149; pena de prisión de seis meses a dos años, si se tratare de las lesiones del artículo 150) y lesiones al feto (pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses).

Finalmente, el CP también contempla la posibilidad de imponer la inhabilitación profesional como medida de seguridad (96.3.1ª) bajo determinadas condiciones y previa concurrencia de ciertos requisitos (95 y 107). Pero esta alternativa será excepcional en el marco del ejercicio de la profesión médica, habida cuenta de que sólo puede recurrirse a ella cuando no sea posible imponer la inhabilitación como pena por encontrarse el sujeto en alguna de las situaciones previstas en los números 1º, 2º y 3º del artículo 20 –esto es, de exención de responsabilidad criminal por enajenación mental o

² Por lo demás, tanto en los delitos dolosos como en los imprudentes dicha pena de inhabilitación profesional se contempla conjuntamente con otras, privativas de libertad o multa.

³ Dejo ahora de lado cualquier cuestionamiento al respecto. Cfr. LANZAROTE MARTÍNEZ, P. (2015), El nuevo delito de imprudencia menos grave en la reforma del Código Penal de 2015, Diario La Ley, Nº 8600, Sección Doctrina, 8 de Septiembre de 2015, Ed. La Ley, p. 1-19; FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (2015), Circular 1/2015, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la LO 1/2015.

⁴ Cuando, no imponiéndolas especialmente, la Ley declare que otras penas las llevan consigo (art. 54), en cuyo caso tendrá la duración que respectivamente tenga la pena principal, excepto lo que dispongan expresamente otros preceptos de este Código (33. 6).

trastorno mental transitorio, intoxicación y alteraciones en la percepción-, lo cual es extraño que concurra en el ejercicio de la profesión médica.

La situación es claramente distinta en aquellos ordenamientos jurídicos que prevén la inhabilitación profesional sólo como medida de seguridad, aplicable también a los sujetos culpables. Así, por ejemplo, en los §§ 70, 70 a) y 70 b) del StGB alemán, o en los arts. 100-103 del CP portugués.

2. Planteamiento de los problemas

En relación con el problema que se plantea en este trabajo, las cuestiones centrales que voy a tratar aquí son, por una parte, la exigencia de imprudencia profesional y el carácter preceptivo de la pena de inhabilitación profesional como pena principal, y, por otra parte, el alcance de la misma, que habitualmente se entiende como inhabilitación para el ejercicio de la profesión médica en general.

En lo que se refiere a la imprudencia profesional y al carácter de la pena, sobre la base de la regulación vigente, en los hechos imprudentes, que son la práctica totalidad de los hechos punibles cometidos en el ejercicio de la profesión médica, el factor determinante para la imposición de la pena de inhabilitación profesional como pena principal es –como se ha indicado– que la imprudencia grave cometida por el facultativo sea calificada de imprudencia profesional. Cuando la imprudencia se califica de grave -pero sin considerarla imprudencia profesional- la pena de inhabilitación profesional puede aplicarse -sola o conjuntamente con otra u otras- como pena accesoria por el tiempo de la condena.

En todos los casos de responsabilidad penal médica en que la jurisprudencia ha apreciado imprudencia profesional se ha impuesto como pena principal, aparte de otras, de forma ineludible la de inhabilitación profesional, por tener ésta en tales casos, de acuerdo con la regulación vigente, carácter preceptivo en el tipo. Frente a esto resulta cuando menos significativo que al propio tiempo el CP contemple asimismo, como veremos, tipos penales que incluso siendo dolosos prevén la imposición de dicha pena con carácter facultativo. Sabemos igualmente que el art. 56, referido a las penas accesorias, aunque contempla también dicha pena con carácter preceptivo, no implica sin embargo su ineludible imposición (“impondrán ... alguna o algunas”), pues para ello es preciso que el juez o tribunal, aparte de atender a la *gravedad del delito*, determine expresamente en la sentencia la vinculación y *relación directa del hecho con la profesión*. Y finalmente -en consonancia con la lógica de que si hay que motivar la pena

de inhabilitación profesional cuando se impone como accesoria, con igual o mayor motivo habrá que motivarla cuando se impone como principal-, el art. 45, que rige tanto para las penas principales como para las accesorias, establece que la pena de inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, que priva al penado de la facultad de ejercerlos durante el tiempo de la condena, *ha de concretarse expresa y motivadamente en la sentencia*. Lo que dejamos planteado en este momento es si se considera adecuado que la pena de inhabilitación profesional como pena principal haya de tener carácter preceptivo y que la referencia a la imprudencia profesional (que es un criterio difuso por asentarse en un concepto artificioso) tenga que ser el presupuesto determinante de dicha pena; o, por el contrario, si sería más acertado suprimir dicho concepto y otorgar a aquella pena en el tipo carácter facultativo o potestativo, como ocurre en otros tipos penales, y además dolosos, (y como prevé el citado § 70 StGB, aunque no como pena, sino como medida de seguridad).

Son muy significativos los datos que se extraen de la jurisprudencia sobre la dimensión y el tratamiento de esta cuestión⁵. Una aproximación estadística sobre la cuantificación de los casos en que se apreció imprudencia profesional en el ámbito médico es la siguiente: de un total de 140 casos de errores médicos que llegaron a los tribunales en el periodo 2003-2014, se apreció imprudencia profesional en 21 casos, distribuidos de la siguiente forma: 7 (de 40 casos de resultado muerte), 10 (de 46 casos con resultado de lesiones físicas o psíquicas), y 4 (de 24 casos con resultado de secuelas físicas o psíquicas). Por otra parte, incluso en casos muy semejantes –como son los de errores debidos a aplicación de cirugía en lugar equivocado- el tipo de imprudencia apreciada fue muy dispar. Por ejemplo, del referido total de 140 casos de errores médicos se incurrió en 9 de ellos en dicho error, en los cuales, sin embargo, la calificación de la imprudencia apreciada fue la siguiente: imprudencia profesional: 4 (algunos de ellos calificados de imprudencia grave o leve en 1ª instancia); imprudencia grave: 3; imprudencia leve: 2. Por otra parte, se produjeron asimismo significativas discrepancias de calificación sobre un mismo caso en diferentes instancias. Tomando

⁵ Los datos estadísticos que aquí se recogen son fruto del Proyecto de Investigación Responsabilidad de personas físicas y jurídicas en el ámbito médico-sanitario: estrategias para la prevención de errores médicos y eventos adversos, DER2011-22934, del Ministerio de Ciencia e Innovación (España), referido en la nota 1. La relevancia de estos datos es sólo orientativa, pues aparte de la horquilla temporal se restringen a casos en los que se denunciaron errores médicos, y además circunscritos a las especialidades de Cirugía, Obstetricia y Ginecología y Anestesia.

como referencia sólo las sentencias más recientes, de los años 2013 y 2014, llegaron en ese periodo a los tribunales penales 35 casos relativos a errores médicos (en cirugía, anestesia y obstetricia/ginecología). En 12 de ellos, en los que se planteaba en el recurso la apreciación de imprudencia profesional, el resultado es el siguiente: a) Coincidencia en la calificación de imprudencia profesional tanto en 1ª como en 2ª instancia: 3/12. b) Calificaciones discrepantes sobre la calificación de imprudencia profesional: 9/12. En 7 de esos 9 casos se apreció imprudencia profesional en 1ª instancia (de ellos, en apelación, se calificó de imprudencia leve en 1 caso; y se absolvió en los 6 restantes). Por el contrario, en los 2 casos restantes de los 9, en los que se apreció imprudencia profesional en 2ª instancia, en ninguno de ellos se había apreciado imprudencia grave en 1ª instancia, sino imprudencia leve en ambos.

En lo que se refiere al alcance de la pena, en el marco de los delitos más susceptibles de comisión en el ejercicio de la profesión médica, la referencia legal habitual -de “inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo”- se entiende, salvo en contadas excepciones, como inhabilitación profesional para el ejercicio de la profesión médica en general, y no, por lo tanto, restringida al ejercicio de una especialidad o a la realización de una actividad o cometido concreto. Lo que corresponde analizar es si en atención a los criterios que se consideren adecuados y de acuerdo a los fines de la pena es necesario que la inhabilitación profesional afecte en todo caso al ejercicio de la profesión médica en general, o si, por el contrario, dichos fines pueden considerarse, según los casos, suficientemente cumplidos con la inhabilitación profesional restringida a una especialidad o actividad médica concreta, en cuyo caso la prohibición general sería una extralimitación inaceptable desde el punto de vista de los fines de la pena y en particular contradictorio con el principio de proporcionalidad.

Otra cuestión importante en el ámbito médico y en el marco de la ejecución de la pena de inhabilitación profesional –que sólo dejo planteada- es la de las posibles consecuencias contraproducentes de la pena de inhabilitación profesional médica después de su cumplimiento, es decir, la idoneidad de dicha pena para la prevención de una mala praxis en el futuro. Pues si bien es cierto que la previsión y aplicación de dicha pena responde a su finalidad preventiva, no lo es menos que la forma de ejecución asociada a su carácter de pena puede dar lugar, tras su cumplimiento, a efectos contrarios a los pretendidos, en cuanto la actividad médica (a diferencia de otras

actividades, o en mayor medida) requiere una actualización constante de conocimientos y habilidades, impedido o dificultado por el cumplimiento de la pena de inhabilitación profesional. Permitir que un médico vuelva a ejercer después de varios años inhabilitado es, aparte de peligroso, una contradicción con la exigencia de actualización de conocimientos –teóricos y prácticos- en cuyos déficits radica con frecuencia la infracción del deber objetivo de cuidado.

Para el análisis de estas cuestiones vamos a servirnos de los siguientes ejemplos:

Ejemplo 1: En contra del consentimiento de la paciente, el cirujano uno le practica una ligadura de trompas (*salpingectomía*) porque considera que es el método más eficaz para evitar los muy probables y graves peligros que se derivarían de futuros embarazos.

Ejemplo 2: A pesar de ser consciente de que la cirugía laparoscópica del cáncer nasofaríngeo o de *cavum* es extremadamente complicada y requiere una demostrada experiencia, el temerario médico dos, a pesar de su aún corta vida profesional, decide llevar a cabo dicha cirugía por primera vez. Por la mala ejecución de la intervención la paciente muere un mes más tarde, durante el cual quedó además ciega por haberle dañado el médico el nervio óptico.

Ejemplo 3: Por una interpretación errónea de las radiografías, el médico tres hace un diagnóstico equivocado, que da lugar a un tratamiento que causa la muerte del paciente.

Ejemplo 4: El médico cuatro es procesado por abusos sexuales a menores cometidos durante los reconocimientos médicos efectuados en un colegio de enseñanza primaria. O un médico es procesado por haber abusado sexualmente de algunas de sus pacientes durante la consulta médica.

Ejemplo 5: El ginecólogo cinco, de reconocidísimo prestigio por sus certeros diagnósticos y gran habilidad en las intervenciones quirúrgicas, empieza a notar que está afectado de Parkinson. A pesar de ello sigue actuando como cirujano y en una de sus intervenciones causa graves lesiones a una paciente por el impreciso uso del bisturí debido al Parkinson.

II. EL CONCEPTO IMPRUDENCIA PROFESIONAL Y EL CARÁCTER PRECEPTIVO O POTESTATIVO DE LA INHABILITACIÓN PROFESIONAL COMO PENA PRINCIPAL

1. El concepto imprudencia profesional en la doctrina y en la jurisprudencia

El significado del concepto imprudencia profesional es discutido desde el punto de vista teórico en la doctrina y de imposible comprensión en la jurisprudencia a la vista de los argumentos que ésta esgrime para tratar de fundamentarlo.

La discusión doctrinal –que tiene su origen en el CP 1944, que preveía en el art. 565 subtipos cualificados de los delitos de homicidio o lesiones graves cuando se hubiesen producido *a consecuencia de impericia o negligencia profesional*- se centra, al igual que las posiciones de la jurisprudencia (y en gran medida como consecuencia de éstas), fundamentalmente en si la impericia y negligencia profesional son conceptos coincidentes o distintos y en si por eso es necesario (pero a la vez posible y justificado) distinguir entre imprudencia profesional e imprudencia del profesional.

Mientras un sector considera que la imprudencia profesional es una cualificación de la imprudencia grave por impericia profesional⁶, otro sector introduce en esa cualificación no sólo la impericia profesional, sino también la negligencia profesional⁷.

Esta segunda línea interpretativa es la correcta. La imprudencia profesional no puede restringirse a la impericia del profesional, sino que comprende tanto los déficits en conocimientos teóricos y prácticos que dan lugar a una mala praxis (en sentido amplio, no restringida a las intervenciones quirúrgicas), como la mala praxis en sí misma aun concurriendo los adecuados conocimientos para realizarla de acuerdo con la *lex artis*. La impericia es una modalidad de la negligencia profesional⁸. Como veremos en los ejemplos de referencia, existen casos de negligencia profesional que nada tienen que ver con déficits de conocimientos. Por otra parte, la doctrina coincide en que es muy difícil y casi impracticable la diferenciación entre imprudencia profesional e imprudencia del profesional. Sin embargo, desde la posición que mantengo, esa difícil

⁶ En este sentido, MIR PUIG, S. Derecho Penal, Parte General, 10ª ed. Ed. Reppertor. Barcelona, 2015, 11/30-31.

⁷ En este sentido, LUZÓN PEÑA, D. M. Lecciones de Derecho Penal, Parte General, 2ª ed. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2012, 18/73-75.

⁸ En el mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ, J. M. Aspectos de la responsabilidad penal por imprudencia de médico anestesista. La perspectiva del Tribunal Supremo. Derecho y Salud, Vol. 2, enero-diciembre 1994, p. 41-58: “La impericia de un profesional es, pues, una modalidad evidente de negligencia profesional” (55).

diferenciación no sólo es discutible desde el punto de vista político criminal, sino que además carece de relevancia. La imprudencia profesional es simplemente la que se comete en el ejercicio de la profesión y por tanto no diferenciable de la imprudencia del profesional. Lo verdaderamente decisivo –y suficiente- a los efectos de la imposición de la pena de inhabilitación profesional no es que el sujeto que realiza el hecho haya de ser un profesional, sino el grado de gravedad (o temeridad) del hecho que comete y, en atención a las circunstancias concurrentes, el significado del mismo como fundamento para la imposición de la pena de inhabilitación profesional. Si el hecho en el que ha concurrido imprudencia grave se ha realizado en el ejercicio de la profesión, el problema de la imposición de inhabilitación profesional habrá que resolverlo desde la perspectiva de la pena, desde su merecimiento o necesidad, tanto en relación con la imposición en sí misma como en su extensión a la profesión en general o restringida a una especialidad o actividad concretas. Por eso y para eso considero necesario la eliminación del concepto imprudencia profesional de los tipos que la contemplan y asimismo la previsión facultativa –y no preceptiva- de la pena de inhabilitación profesional en dichos tipos imprudentes.

El significado del concepto imprudencia profesional es sencillamente de imposible comprensión a partir de la jurisprudencia. Quizá se deba a que se trata, como ella misma advierte acertadamente⁹, de una distinción artificial. La imprudencia profesional resulta indiferenciable de la imprudencia grave a tenor de lo que sobre ésta entiende en muchos casos la jurisprudencia¹⁰. Asimismo, aunque pretende convertir el concepto impericia profesional en el elemento diferenciador de la imprudencia profesional frente a la imprudencia del profesional, no consigue sin embargo definirlo ni tampoco delimitar ambos artificiosos tipos de imprudencia. Poco ayuda a aclarar el problema el afirmar que la imprudencia profesional no se aplica a cualquier persona que realice actos específicos de una determinada profesión, sino que es preciso e imprescindible que el autor del hecho imprudente sea un profesional de la actividad, que desarrollaba en el momento de incurrir en la infracción punible. Otro tanto cabe decir respecto de la afirmación de que imprudencia profesional es la impericia profesional, de forma que la imprudencia sin impericia no es imprudencia profesional¹¹. Prueba de ello

⁹ SAP Castellón. 4-12-2013. ARP\2013\1462.

¹⁰ Cfr. SAP Sevilla, 10-12-2008, ARP\2009\723; SAP Castellón. 4-12-2013. ARP\2013\1462.

¹¹ Así, SAP Zaragoza. 7-3-2013. JUR\2013\114624.

es que muchas otras sentencias rechazan esta idea¹². La jurisprudencia suele apreciar siempre imprudencia profesional en los casos de errores consistentes en equivocación de órgano o miembro (rodilla, riñón, etc.), cuando lo cierto es que dichos errores no suelen radicar en la impericia del médico. Finalmente, en otros casos se comprueba que la jurisprudencia es contradictoria a la hora de aplicar sus propios criterios para distinguir la imprudencia profesional de la imprudencia del profesional¹³. No es de extrañar, por consiguiente, que en este campo de sutilezas y artificios, muchas sentencias acaben reconociendo, acertadamente, que es preciso recurrir a diversos criterios conjuntamente con la impericia o ineptitud para calificar de profesional la imprudencia.

En conclusión, es imposible extraer de la jurisprudencia una mínimamente clara y satisfactoria diferenciación no sólo entre la imprudencia profesional y la imprudencia del profesional, sino incluso ya respecto de la imprudencia grave. Y por tanto se cae de suyo que la imprudencia profesional no puede constituir el concepto típico de referencia para la previsión y aplicación de la pena de inhabilitación profesional.

2. Toma de posición sobre la imprudencia profesional: el concepto imprudencia grave –en lugar de imprudencia profesional- como referencia más adecuada y suficiente

La imprudencia grave -en lugar de imprudencia profesional- es la referencia más adecuada y suficiente a los efectos de previsión e imposición de la inhabilitación profesional como pena principal.

La referencia legal a la imprudencia profesional no sólo es demostradamente perturbadora e inadecuada a esos efectos, sino además innecesaria. A la vista de lo que dispone el CP no es necesaria porque dicha pena con tal carácter también se prevé no sólo en muchos delitos dolosos (ya sea tipificados como delitos comunes, ya sea restringiendo el círculo de posibles autores), sino también en algunos delitos

¹² Entre otras, cfr. SAP Madrid, 28-5-2013 JUR\2013\209832.

¹³ Así –siguiendo los ejemplos expuestos por SILVA SÁNCHEZ, J. M. Aspectos, 56-, la STS de 26 de junio de 1980 rechaza la calificación de imprudencia profesional a pesar de que reconoce que el anestesista, entendiendo erróneamente que el enfermo se había recuperado del paro cardíaco debido a la excesiva difusión del agente anestésico, y pese a presentar signos o síntomas de lesión cerebral por amnesia, indicó al cirujano que podía iniciar la operación quirúrgica. E igualmente rechaza también dicha calificación la STS de 7 de julio de 1993, a pesar de sostenerse expresamente en la sentencia que con su conducta el anestesista revelaba una patente falta a las normas de cuidado inherentes a su especialización que exigían un control y vigilancia, siempre efectiva, sobre la situación del operado y sus constantes biológicas.

imprudentes, que se para ello se conforman, por así decirlo, con la imprudencia grave, sin calificarla de imprudencia profesional¹⁴. Pero al hecho de que desde el punto de vista legal nada se oponga a la supresión de la imprudencia profesional se suman también otros argumentos que ponen de manifiesto que a dichos efectos el concepto imprudencia grave es la referencia más adecuada y a la vez suficiente.

El concepto imprudencia profesional pretende ser un filtro para restringir la aplicación de la pena de inhabilitación profesional. Pero si lo que se trata de tipificar no es toda imprudencia cometida en el ejercicio de la profesión, sino sólo la que alcanza cierta gravedad o temeridad, el concepto más adecuado y suficiente como presupuesto de la inhabilitación profesional como pena principal debe ser el de imprudencia grave, el cual habrá de complementarse con los requisitos que se consideren adecuados para decidir la aplicación de la pena de inhabilitación profesional y su alcance cuando la imprudencia grave se comete en el ejercicio de la profesión. Ciertamente, la previsión típica de la pena de inhabilitación profesional como pena principal debe requerir (como asimismo requiere la accesoria) que la imprudencia cometida tenga relación con la profesión. Es decir, que sea imprudencia profesional. Pero la calificación de imprudencia profesional no precisa como requisito previo la calificación de imprudencia grave. Tanto ésta como la menos grave (e incluso la leve, aunque ya no sea típica) pueden ser imprudencia profesional o no profesional¹⁵. Para que el tipo prevea la pena de inhabilitación profesional como pena principal únicamente es preciso, como presupuesto (si se acepta la exclusión a estos efectos de la imprudencia menos grave), que la imprudencia cometida en el ejercicio de la profesión sea calificada de grave, para cuya imposición y determinación, eso sí, deberán tomarse en consideración, razonadamente, otros criterios o requisitos añadidos como, por ejemplo, la gravedad del hecho y las circunstancias concurrentes en dicho ejercicio de la profesión. Por otra parte, de esta forma el juez no puede eludir la motivación de la imposición de la pena de

¹⁴ Así, en el delito de alteración imprudente del genotipo (art. 159.2), en los delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos (art. 332) y en los delitos contra la salud pública (art. 367).

¹⁵ Cuestión distinta es que, como sucedía antes de la reforma de 2015 del CP, no se previese dicha pena para los casos de imprudencia leve (o no se prevea ahora para la menos grave). Sobre esta cuestión ya me he pronunciado en trabajos anteriores. Cfr. DE VICENTE REMESAL, J. La pena de inhabilitación profesional en el ámbito médico. Revista Aranzadi TSJ y AP, vol. 12, 2000, p. 9 ss.; DE VICENTE REMESAL, J. / RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V. (2007), El médico ante el Derecho penal. Consideraciones sobre la imprudencia profesional y el trabajo en equipo. Universitas vitae: libro homenaje a Ruperto Núñez Barbero (Coord. por FERNANDO PÉREZ ÁLVAREZ, MIGUEL ÁNGEL NÚÑEZ PAZ, ISABEL GARCÍA ALFARAZ), 2007, pp. 177 ss.; DE VICENTE REMESAL, J. La pena de inhabilitación profesional: consideraciones desde el punto de vista de los fines de la pena. Cuadernos de Política Criminal, nº 113, II, Época II, septiembre 2014, pp. 45-104.

inhabilitación profesional también cuando se impone como pena principal, correspondiendo a los fines de la pena un papel esencial en dicha motivación.

Entender la imprudencia profesional sencillamente como la que se comete en el ejercicio de la profesión, sustituyendo aquélla por la imprudencia grave en el sentido expuesto, resuelve además la discusión acerca de si sólo se considera imprudencia profesional la impericia, inepticia o ineptitud (es decir, los déficits en los conocimientos), o también la negligencia profesional (déficits en la ejecución).

En relación con lo primero, ni sólo ni siempre la impericia, inepticia o ineptitud dan lugar a un grado tal de imprudencia (se contemple o no en el tipo como imprudencia profesional) que deba fundamentar la imposición –y con carácter preceptivo- de la pena de inhabilitación profesional. La impericia es falta de sabiduría, práctica, experiencia y habilidad en una ciencia o arte; la ineptitud significa inhabilidad, falta de aptitud o de capacidad; y la inepticia es la cualidad de necio, ignorante y que no sabe lo que podía o debía saber¹⁶. En el primer ejemplo de referencia es indudable que el cirujano uno (que interviene a la paciente en contra de su consentimiento) no adolece de déficits en los conocimientos, pero su conducta es lo suficientemente grave como para fundamentar la imposición de la pena de inhabilitación profesional; y sin embargo, según el criterio jurisprudencial habría que negar la calificación de imprudencia profesional y con ello la imposición de dicha pena como principal. (Podría incluso afirmarse que ninguno de los casos de responsabilidad médica derivados de vicios en el consentimiento informado se debe a impericia o ineptitud). Por el contrario, en el tercer ejemplo, aunque la lectura errónea de las radiografías por parte del médico tres pudiera radicar en su falta de preparación, en su impericia (que llevaría según el criterio jurisprudencial a apreciar imprudencia profesional y con ello imponer la pena de inhabilitación profesional), para la imposición de esta pena (o incluso para decidir la inexistencia de imprudencia) habrá que valorar, entre otras cosas, si de ello era consciente dicho médico y el grado de gravedad de la infracción del deber de conducta. Esta grave infracción concurre sin duda en el segundo ejemplo, por la conducta claramente temeraria del médico dos que aborda la complicada cirugía laparoscópica del cáncer nasofaríngeo o de *cavum* siendo consciente de su falta de conocimientos y experiencia (provocación culpable por emprendimiento o asunción).

En relación con lo segundo, si la imprudencia profesional comprende tanto la

¹⁶Según la definición del diccionario de la RAE.

impericia como la negligencia profesional –lo cual es correcto-, entonces, más que rebautizar la imprudencia con un nuevo nombre, perturbador (el de profesional), de lo que se trata es de determinar –excluidos los casos en que se procediera apreciar dolo- el grado de gravedad requerido a la infracción del deber de conducta (que viene a corresponderse con una mayor gravedad de la imprudencia grave, se denomine o no temeridad) en el ejercicio de una profesión para que el mismo pueda fundamentar la imposición de la pena de inhabilitación profesional. Claramente concurren estos requisitos en el ejemplo 1 (conducta gravemente imprudente, e incluso dolosa) y en el ejemplo 2 (imprudencia muy grave-temeridad: provocación culpable por emprendimiento o asunción). Pero es muy discutible que concorra en el ejemplo 3.

Todo ello va a derivar, como veremos a continuación, en la consecuencia de que la pena de inhabilitación profesional deba contemplarse en el tipo correspondiente con carácter facultativo o potestativo.

3. Toma de posición sobre el carácter preceptivo o potestativo de la inhabilitación profesional como pena principal

Si, como se ha expuesto, toda imprudencia cometida en el ejercicio de la profesión médica es imprudencia profesional, pero ésta, aunque constituya imprudencia grave, no debe derivar en todo caso en la imposición de la pena de inhabilitación profesional como pena principal, dicha pena debe contemplarse en el tipo correspondiente con carácter facultativo o potestativo, y no preceptivo o imperativo. Para decidir su imposición habrá que atender a la gravedad del hecho y a las circunstancias concurrentes en el ejercicio de la profesión.

Al igual que hemos visto sucede con la supresión del concepto imprudencia profesional, nada se opone desde el punto de vista legal para la previsión de dicha pena con carácter facultativo porque ésta también así se prevé en algunos tipos del CP, especificándose además, en algunos casos, como criterios de imposición, la gravedad del hecho y las circunstancias del delincuente. Así, por ejemplo, en los delitos contra la libertad sexual¹⁷ y en los relativos a la receptación y al blanqueo de capitales¹⁸. El hecho de que el CP prevea la imposición de la pena de inhabilitación profesional con carácter potestativo en determinados delitos –y además dolosos- constituye un relevante punto

¹⁷ Cfr. art. 192.3.

¹⁸ Cfr. art. 298, 301.

de apoyo para para deducir que con mucho mayor motivo haya de tener tal carácter potestativo en los hechos imprudentes realizados en el ejercicio de una profesión.

Otra cuestión, estrechamente relacionada o derivada de lo anterior (aunque no restringida sólo al carácter, sino referida también al alcance de la pena de inhabilitación profesional como pena principal, pero que en cualquier caso requiere un estudio a fondo que sobrepasa el objeto de este trabajo, pues habría que analizar, entre otras cosas, lo que ello supondría para la posibilidad de previsión de esa pena como accesoria, o incluso reflexionar sobre si la inhabilitación profesional no debería contemplarse como pena, sino al igual que en el § 70 StGB como medida de seguridad), es si resulta procedente aplicar esta propuesta *lege ferenda* los delitos dolosos cometidos en el ejercicio de la profesión médica (e incluso a todos los delitos cometidos en el ejercicio de una profesión).

En lo que se refiere al carácter, el potestativo aquí propuesto para los delitos imprudentes frente a los dolosos no se basa exclusiva ni fundamentalmente en el hecho de que el CP prevea esa pena con el mismo carácter en algunos delitos dolosos, pues éste es un argumento rebatible. Del mismo modo que considero criticable que el CP prevea la inhabilitación profesional como pena principal en los delitos dolosos configurados como delitos comunes, también es discutible que dicha pena tenga carácter potestativo en esos referidos casos de delitos dolosos que se han cometido en el ejercicio de una profesión, oficio o cargo. Pues si se han cumplido las exigencias requeridas para que esa comisión lo sea en tal ejercicio, deberían –por tratarse además de un delito doloso- prever la pena de inhabilitación profesional con carácter preceptivo. Y en este aspecto requieren un tratamiento distinto a los delitos imprudentes. En cualquier caso, la aplicación con carácter obligatorio de la pena de inhabilitación profesional en los hechos dolosos tendría una repercusión mínima en el ámbito médico, pues los mismos son, como se ha reiterado, muy excepcionales en el ejercicio de la profesión médica propiamente dicha.

Por el contrario, en lo que se refiere al alcance de la pena de inhabilitación profesional, el tratamiento debe ser semejante en los delitos dolosos y en los imprudentes. Pues –como veremos posteriormente- tampoco en los delitos dolosos la imposición de esa pena, aun preceptiva, debe derivar necesariamente siempre (aunque probablemente sí en mayor medida que en los imprudentes) en la inhabilitación para el ejercicio de la profesión médica en general.

4. Propuesta *lege ferenda*

Los tipos penales que contemplan la imprudencia profesional deberían incluir el carácter potestativo de la pena de inhabilitación profesional. Y asimismo –anticipando aquí las conclusiones del punto siguiente, relativo al problema específico del alcance de la pena de inhabilitación profesional cuando ésta se refiere de forma genérica a la profesión, oficio o cargo-, deberían incluir también un tenor literal, como el que ya se ha indicado, que contemple la posibilidad de restricción del alcance de la inhabilitación profesional a una especialidad, actividad u oficio. Ejemplificado lo anterior en uno de esos delitos¹⁹, la propuesta *lege ferenda* en el delito de homicidio imprudente sobre la base de la regulación vigente del art. 142 CP, sería la siguiente:

«1. El que por imprudencia grave causare la muerte de otro, será castigado, como reo de homicidio imprudente, con la pena de prisión de uno a cuatro años.

Si el homicidio imprudente se hubiera cometido utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, se impondrá asimismo la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de uno a seis años.

Si el homicidio imprudente se hubiera cometido utilizando un arma de fuego, se impondrá también la pena de privación del derecho al porte o tenencia de armas por tiempo de uno a seis años.

Si el homicidio imprudente se hubiera cometido en el ejercicio de una profesión, oficio o cargo, el juez o tribunal podrá imponer, además, razonadamente, en atención a la gravedad del hecho y a las circunstancias concurrentes en dicho ejercicio, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo, y el alcance de la misma, por un periodo de tres a seis años. En caso de imponerse la pena, corresponde al juez o tribunal concretar asimismo, razonadamente, el alcance de la inhabilitación en la profesión, oficio o cargo.

2. El que por imprudencia menos grave causare la muerte de otro, será castigado con la pena de multa de tres meses a dieciocho meses.

Si el homicidio se hubiera cometido utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, se podrá imponer también la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres a dieciocho meses.

El delito previsto en este apartado sólo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal».

III. EL PROBLEMA DEL ALCANCE DE LA PENA DE INHABILITACIÓN PROFESIONAL MÉDICA

1. La incuestionabilidad del alcance de la pena de inhabilitación profesional en el ámbito médico para la doctrina y la jurisprudencia

Si la referencia legal más habitual a la inhabilitación profesional como pena principal es –tanto en los delitos más estrechamente vinculados al ejercicio de la profesión médica como fuera de ella- la de *inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo*, parece razonable que dicha expresión suscite problemas de

¹⁹ Y también, de forma similar, en el aborto (146), lesiones (152 1. 3º) y lesiones al feto (158).

concreción sobre el posible alcance de la inhabilitación profesional a la hora de su imposición. Pero esto muy pocas veces se plantea en el ámbito médico, pues tanto la muy escasa doctrina que se ha ocupado de ello como la jurisprudencia parten del principio de incuestionabilidad del alcance de la pena de inhabilitación profesional médica, dando por supuesto que la misma debe entenderse aplicada al ejercicio de la profesión médica en general. Esta postura es rechazable.

2. Toma de posición: la posibilidad y, según los casos, procedencia de restringir la pena de inhabilitación profesional médica al ejercicio de una especialidad o actividad

También en el ámbito médico, al igual que fuera de él, existen argumentos para fundamentar la posibilidad y, según los casos, procedencia de restringir la pena de inhabilitación profesional médica al ejercicio de una especialidad o actividad. Dichos argumentos son, entre otros, los siguientes.

Primero: la exigencia de motivación que el art. 45 requiere para la inhabilitación profesional, tanto si se impone como pena principal como accesoria. Dicha exigencia no sólo afecta a la aplicación, o no, de la pena –lo cual se cumpliría sobre la base de la regulación vigente con la fundamentación de imprudencia profesional-, sino también al alcance de aquélla. Y lo cierto es que esta falta de motivación sobre el alcance concreto de la inhabilitación profesional ha dado lugar a la presentación y admisión de múltiples recursos, pero sólo fuera del ámbito médico²⁰. La diversidad de denominaciones de profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho –que contempla el art. 45- significa no sólo que no quede excluida de posible aplicación ninguna clase de ocupación laboral, sea cual sea ésta y requiera o no permiso, habilitación o licencia²¹, sino también y al propio tiempo la limitación de esa posible aplicación a la concreta ocupación laboral o actividad que constituya el ejercicio de una profesión. Cuestión distinta será la decisión que corresponda adoptar en el caso concreto sobre el alcance que deba otorgarse a la inhabilitación profesional en atención al fundamento de dicha pena, pues con la formulación legal el juez no está obligado ni a aplicar la pena a la profesión médica en general ni a restringirla a la especialidad.

²⁰ Cfr. entre otras muchas, STS 5-12-1981 (Sala de lo Penal), RJ\1981\4979, por no concretar, en este caso, que la inhabilitación sólo debe alcanzar a la actividad de dirección de determinadas publicaciones.

²¹ Cfr. MANZANARES SAMANIEGO, J. L., Las inhabilitaciones y suspensiones en el Derecho positivo español. ADPCP, 1975, pp. 175-228 (194 s.); MIR PUIG, S. Derecho Penal, 30/11.

Segundo: la existencia de abundantes referencias legales que mencionan, posibilitan o disponen expresamente la limitación del alcance de la pena de inhabilitación profesional, así como la existencia de tipos penales, tanto en el ámbito médico como fuera de él, que contemplan la concreción de dicho alcance. Por ejemplo, respectivamente, en el propio Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal; y en los arts. 33.3; 33.4 y 39; en los arts. 144, 145, 157 y 221; y en los arts. 271, 276, 334 y 372. Nada se opone desde el punto de vista legal a la posibilidad de restricción del alcance de la pena de inhabilitación profesional médica a los delitos para cuya comisión el CP requiere la concurrencia de imprudencia profesional. Y si el hecho se ha realizado en el ejercicio de la profesión médica, las circunstancias personales del delincuente, que junto con la gravedad del hecho se prevé (por ejemplo en los arts. 298 y 301) como criterios a estos efectos, deben sustituirse por las circunstancias concurrentes en dicho ejercicio profesional, como se contempla en la propuesta *lege ferenda*.

Tercero: la existencia de numerosas resoluciones jurisprudenciales ajenas al ámbito médico, restrictivas de la pena de inhabilitación profesional. Por ejemplo, entre otras muchas, la STS 25-5-1992²², que restringe la pena de inhabilitación profesional a la actividad de regentar establecimientos de hostelería con dependencia femenina o donde se ejerzan actividades de alterne; la STS 9-10-1981²³, que la restringe al ejercicio de la profesión de director de publicaciones periódicas de carácter pornográfico o erótico; el Auto 6-11-1981²⁴, que partiendo de la base de que la inhabilitación profesional debe restringirse a la actividad profesional que fue la plataforma para delinquir la limita, en este caso, a la prohibición para desempeñar la profesión de visitador-médico; o, finalmente, y en estrecha relación con el ejemplo de referencia nº 4, la STS 14-9-1990²⁵, que limita la inhabilitación especial a la profesión de maestro o encargado en cualquier manera de la educación o dirección de la juventud. El argumento base y fundamental de las restricciones concretas anteriormente expuestas, radica en que la inhabilitación profesional debe aplicarse –como acertadamente observa la STS 18-2-1983²⁶ –sólo en la medida de lo imprescindible para evitar que la profesión

²² STS 25-5-1992 (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 1178/1992 de 25 mayo, RJ\1992\4338.

²³ STS 9-10-1981 (Sala de lo Criminal), RJ\1981\3626.

²⁴ Tribunal Supremo (Sala de lo Criminal) Auto de 6 noviembre 1981, RJ\1981\4300.

²⁵ STS 14-9-1990 (Sala de lo Penal), RJ\1990\6938.

²⁶ STS 18-2-1983 (Sala de lo Criminal), RJ\1983\1696.

u oficio que fue plataforma para delinquir ofrezca al cuerpo social un mal precedente de conducta profesional y sea ocasión para nuevas infracciones penales.

Cuarto: la posibilidad de entender el ejercicio de la especialidad médica como ejercicio de la profesión médica y, como prueba de ello, las resoluciones jurisprudenciales en el ámbito médico, restrictivas de la pena de inhabilitación profesional. De acuerdo con las normas básicas o fundamentales, tanto comunitarias como nacionales, que regulan las profesiones sanitarias, cabe entender el ejercicio de la especialidad médica –por ejemplo, cirugía, obstetricia y ginecología, anestesia, etc.- como ejercicio de la profesión u oficio²⁷. Prueba de ello son las sentencias que han restringido la inhabilitación profesional médica al ejercicio de una especialidad. Incluso remitiéndome aquí únicamente a la jurisprudencia más reciente, se encuentra ejemplos en este sentido. Así, inhabilitación para el ejercicio de la profesión de médico especialista en Obstetricia y Ginecología (SAP Coruña 30-9-2009²⁸, SAP Teruel 29-7-2014²⁹, SAP Coruña 21-1-2014³⁰), inhabilitación para el ejercicio de la profesión de odontólogo (SAP Albacete 20-2-2014³¹), o inhabilitación para ejercer la cirugía (SAP Sevilla 10-12-200³²).

Quinto: La generalizada ausencia argumentos de la jurisprudencia para justificar el alcance de la inhabilitación profesional médica y la crítica que procede realizar contra los excepcionalmente manifestados a favor de la extensión al ejercicio de la medicina en general (y como ejemplo paradigmático, por la STS 15-11-2001³³). Tanto en los casos de restricción como en los de aplicación de la inhabilitación al ejercicio de la medicina, es una tónica general la ausencia argumentos de la jurisprudencia para justificar el alcance de la inhabilitación profesional médica. La inexistencia de argumentos expresos referidos específicamente a la pena de inhabilitación profesional se debe a que se da por

²⁷ Así, por ejemplo, es compatible con lo que dispone la Directiva 2013/55/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de noviembre de 2013, por la que se modifica la Directiva 2005/36/CE relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales y el Reglamento (UE) nº 1024/2012 relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior ("Reglamento IMI"). E igualmente con la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias, con el Real Decreto 183/2008, de 8 de febrero, por el que se determinan y clasifican las especialidades en Ciencias de la Salud y se desarrollan determinados aspectos del sistema de formación sanitaria especializada, y con el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.

²⁸ SAP Coruña 30-9-2009, núm. 00082/2009.

²⁹ SAP Teruel 29-7-2014, (Sección 1ª) Sentencia núm. 30/2014, ARP\2014\1249.

³⁰ SAP Coruña 21-1-2014, (Sección 2ª) Sentencia núm. 7/2014, ARP\2014\37.

³¹ SAP Albacete 20-2-2014 (Sección 1ª) Sentencia núm. 55/2014, JUR\2014\72061.

³² SAP Sevilla 10-12-2008 (Sección 3ª). Sentencia núm. 623/2008, ARP\2009\723.

³³ STS 15-11-2001 (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 2139/2001, RJ\2001\9704.

supuesta dicha extensión y a que se consideran innecesarios (por implícitos) dichos argumentos una vez que se ha fundamentado la calificación de imprudencia profesional. Sólo en contadísimas ocasiones se encuentran en la jurisprudencia argumentos específicamente vinculados a la pena de inhabilitación profesional. Los más amplios y detallados (y, por lo que alcanzo a ver, prácticamente únicos) se encuentran, en la STS 15-11-2001. Pero son rechazables, como veremos en las conclusiones finales.

Sexto: la necesidad de que exista una relación del delito con la profesión y su correspondencia con la relación de la pena con la profesión, y asimismo, la necesidad de contemplar la relevancia del cumplimiento de los fines de la pena para la determinación del alcance de la inhabilitación profesional médica. Es necesario que el sujeto haya cometido el delito aprovechándose de la posibilidad que a tal efecto le ofrece el ejercicio profesional, abusando de su profesión u oficio, bien dolosamente o bien por imprudencia, infringiendo gravemente sus deberes profesionales. Y asimismo se requiere que entre el hecho cometido y el ejercicio de la profesión exista una relación estrecha, específica o interna³⁴. Es decir, no basta con que se realice en su contexto, sino que debe entenderse como resultado de la actividad profesional misma. Estos requisitos se cumplen claramente en todos los ejemplos de referencia; y las peculiaridades de dichos requisitos, relativas a la gravedad del hecho y a las circunstancias concurrentes en el ejercicio de la profesión, son esenciales para determinar no sólo el carácter que deba tener la pena de inhabilitación profesional, sino también su alcance.

Así, el carácter doloso (ejemplos 1 y 4) o imprudente (ejemplos 2, 3, y 5) del hecho; la distinta gravedad de la imprudencia (en unos casos claramente temeraria – ejemplo 2-, en otros grave, o incluso menos grave –probablemente en el ejemplo 3); el ejercicio profesional directamente relacionado con la comisión del hecho, o la actividad concreta (atención primaria, especialidad médica, enfermero o enfermera instrumentista, intervención quirúrgica); el tipo de infracción o error cometidos y su causa (vicios en el consentimiento informado, mala praxis por falta de preparación o experiencia suficientes, por mermas en las aptitudes físicas); la posible reconducción del error al ejercicio médico en general (sin duda en el ejemplo 1), o circunscrible únicamente a la especialidad o actividad (ejemplo 5); la confluencia de errores sistémicos aparte de personales; la relevancia de las características del paciente (cualquier paciente en

³⁴ Cfr. WEDEKIND, V. E. Die Reform des strafrechtlichen Berufsverbots (§§ 70-70b StGB). Inaugural Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde der Juristischen Fakultät der Eberhard-Karls-Universität Tübingen. Druckerei Hans-Joachim Köhler Tübingen, 2006, 41.

general o circunscripción a un grupo concreto de pacientes: así, como en el ejemplo 4, menores o mujeres³⁵).

Entre acción y reacción debe existir una adecuada correspondencia, en la cual juegan un papel esencial los fines de la pena. La consideración de los factores que concurren en el hecho (diferentes, según hemos visto, en los ejemplos de referencia) es lo que debe determinar la imposición y el alcance de la pena de inhabilitación profesional como respuesta a la comisión de hechos en el ejercicio de la profesión médica en atención a los fines de prevención general y especial de dicha pena. La justificación del recurso a la pena de inhabilitación profesional requiere –para evitar excesos injustificados- respetar los principios de estricta necesidad, proporcionalidad y culpabilidad. Donde dicha pena puede ser objeto de mayores objeciones –y particularmente cuando se impone, sin más, aplicada al ejercicio de la profesión médica en general- es respecto del principio de proporcionalidad. Si desde esta perspectiva de la prevención general la restricción de la pena a la especialidad concreta, o incluso a una actividad dentro de la misma, cumple el principio de efectividad, eficacia o idoneidad, aquella extensión a la profesión médica en general constituirá una extralimitación inadmisibles. Por otra parte, dentro de los límites marcados por la relevancia preeminente que corresponde a la prevención general, el alcance de la pena de inhabilitación profesional médica debe determinarse también en función de los criterios de prevención especial. Mediante ésta se pretende que el delincuente concreto que ha cometido un hecho delictivo no vuelva a cometer delitos en el futuro; en principio de cualquier clase, pero con la pena de inhabilitación profesional se trata sobre todo de que el sujeto no vuelva a cometer hechos delictivos semejantes o de la misma clase a los cometidos en el contexto del ejercicio de su profesión. A esos efectos no sólo debe tomarse en cuenta la eficacia inocuidadora (indudable) de dicha pena, sino también la prácticamente nula eficacia de reeducación y reinserción social. Por eso es fundamental que si las exigencias de prevención general lo permiten, la inhabilitación (tanto si es pena principal como accesoria) se circunscriba de la forma más ajustada posible al ejercicio de la profesión, de la especialidad o del oficio con cuyo abuso el sujeto cometió el delito.

³⁵ En relación con casos semejantes a éstos, expuestos en los ejemplos de referencia Cfr. WEDEKIND, V. E. Die Reform 56: profesor de música que abusó sexualmente de algunos de los alumnos de su grupo de menores, se le podría permitir seguir dando clases de música sólo a grupos de adultos: o limitar la atención médica a pacientes varones al médico que hizo lo mismo con una paciente.

IV. LA TEORÍA APLICADA A LOS CASOS Y EJEMPLOS DE REFERENCIA: CONCLUSIONES

La imposición de la pena de inhabilitación profesional como pena principal se sustenta por la doctrina y la jurisprudencia, sobre la base de la regulación vigente, en la fundamentación de la existencia de dicha clase de imprudencia -la denominada imprudencia profesional- como plus de gravedad de la imprudencia grave, derivando de ello y sólo por ello, la aplicación siempre de la inhabilitación profesional y en la práctica totalidad de los casos extendida al ejercicio de la profesión médica en general.

Aparte de que, según hemos visto, este punto de referencia -la imprudencia profesional como concepto diferenciado de la imprudencia grave- no es de recibo y que como tal expresión debería desaparecer por tanto del CP, siendo reemplazada a esos efectos por la imprudencia grave -pues la imprudencia profesional no es más que la imprudencia cometida en el ejercicio de la profesión, sea grave o menos grave-, tampoco las argumentaciones jurisprudenciales que fundamentan la existencia de imprudencia profesional o, en su caso, grave tienen que derivar necesariamente en la aplicación de la inhabilitación profesional al ejercicio de la profesión médica en general. Para ello es preciso una motivación referida concreta y expresamente a la pena de inhabilitación profesional, y que fundamente si la misma debe aplicarse al ejercicio de la profesión médica en general o, por el contrario, sólo a un aspecto, especialidad o actividad de la misma. Dicha motivación no debe restringirse exclusivamente al caso en que la pena de inhabilitación se imponga como accesoria, sino que debe alcanzar también a su imposición como pena principal, pues la expresión genérica de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo no implica necesariamente aquella extensión.

En los tipos penales que contemplan la imprudencia profesional, a los efectos de conseguir de una forma más eficaz que el juez o tribunal fundamenten la imposición de la pena de inhabilitación profesional y que esta fundamentación deban basarla directamente en criterios referidos fundamentalmente a los fines de la pena, son esenciales tres modificaciones en la normativa vigente, que he tratado en el texto y aquí sintetizo.

En primer lugar, suprimir la referencia típica al concepto imprudencia profesional.

En segundo lugar, que la previsión de la pena de inhabilitación profesional como pena principal no tenga carácter preceptivo, sino facultativo en atención a la gravedad

del hecho y a las circunstancias concurrentes en el ejercicio de la profesión, oficio o cargo.

Y finalmente, y no por ello menos importante, que la formulación del tipo incorpore la necesidad de motivar no sólo la imposición de la pena de inhabilitación profesional, sino también, aparte naturalmente de la duración, la extensión o alcance de la misma. La forma de plasmar esto puede ser diversa. En la propuesta se hace referencia, de modo genérico, al “alcance”, porque se considera lo más correcto. Pero podría ser de otra manera: haciendo referencia a otros conceptos, como hemos visto hace el CP en diversos tipos penales (por ejemplo, a la profesión o actividad, en el art. 285), o contemplando más especificaciones, como el § 70 StGB alemán (ejercicio de la profesión, de la especialidad, del oficio o de la rama industrial). Sea como fuere, es muy probable que si los tipos recogiesen dichas referencias o especificaciones serían mucho más numerosas las sentencias que motivaran el alcance de la inhabilitación profesional, y quizá también –aunque esto es secundario, como he indicado- las que la restringirían a la especialidad médica correspondiente.

Concretamente, repitiendo lo expuesto en el texto, la propuesta *lege ferenda* en el delito de homicidio imprudente (a modo de ejemplo entre los que contemplan la imprudencia profesional) sería, manteniendo el resto de la regulación vigente, sustituir la actual redacción del art. 142.1. último párrafo, por la siguiente:

“Si el homicidio imprudente se hubiera cometido en el ejercicio de una profesión, oficio o cargo, el juez o tribunal podrá imponer, además, razonadamente, en atención a la gravedad del hecho y a las circunstancias concurrentes en dicho ejercicio, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo, y el alcance de la misma, por un periodo de tres a seis años. En caso de imponerse la pena, corresponde al juez o tribunal concretar asimismo, razonadamente, el alcance de la inhabilitación en la profesión, oficio o cargo.”

Esta propuesta se centra fundamentalmente en los hechos imprudentes, que son prácticamente todos los que se cometen en el ejercicio de la profesión médica, pero también cabe plantear su aplicación a los hechos dolosos, excepcionales en dicho ámbito, como he expuesto en el texto. En los citados ejemplos 1 y 4 de referencia, los graves hechos dolosos cometidos con abuso de su profesión médica tanto por el cirujano uno (ligadura de trompas realizada contra del consentimiento expreso de la paciente) como por el médico cuatro (abusos sexuales de los pacientes) deben dar lugar a la imposición de la pena de inhabilitación profesional. Sin embargo su alcance no debe ser el mismo en ambos casos. Realizar la ligadura de trompas contra el consentimiento expreso de la paciente constituye un grave incumplimiento de la *lex artis* respecto de un

requisito esencial del ejercicio de la actividad médica en general, que trasciende, por tanto, al ejercicio de la especialidad concreta y a las peculiaridades o características del paciente. La gravedad del hecho tampoco parece resultar mermada por circunstancias concurrentes en el ejercicio de la profesión. La inhabilitación profesional aplicada al ejercicio de la profesión médica en general (en este caso, *lege lata*, como pena accesoria, pues en el hecho doloso no se prevé como principal, si bien *lege ferenda* cabe plantear su previsión como pena principal, al menos con carácter potestativo) sería explicable desde el punto de vista de los fines de la pena, tanto desde la prevención general como especial. Por el contrario, como he anticipado en otro momento, en el cuarto ejemplo –en que el médico cuatro abusa sexualmente de algunos colegas menores de edad o de alguna de las pacientes mujeres– dichos criterios pueden permitir (e incluso implicar o significar) la restricción de la inhabilitación profesional al ejercicio de la profesión médica respecto de pacientes menores, en el primer supuesto³⁶, o de pacientes mujeres, en el segundo³⁷. Aplicar la inhabilitación profesional al ejercicio de la profesión médica en general podría ser innecesario desde el punto de la prevención general (sobrepasando las exigencias del principio de proporcionalidad) y especial (en cuanto, en principio, no cupiera contar con la realización de dichos abusos frente a sujetos adultos o varones). En la literatura alemana se cita también en esta misma línea el caso del médico que estafó con sus facturas a la compañía de seguros, a quien se le restringió el ejercicio de la profesión como médico autónomo, pero no para poder seguir actuando como médico³⁸.

Los ejemplos 2, 3 y 5 son casos paradigmáticos de la mayoría de las infracciones cometidas en el ejercicio de la profesión médica: las imprudentes. Aun partiendo de la base de que en todos ellos cupiera apreciar imprudencia grave, la aplicación de los criterios expuestos en la propuesta *lege ferenda* no derivaría en la imposición de la pena de inhabilitación profesional en todo caso ni en la extensión de la misma al ejercicio de

³⁶ En la jurisprudencia alemana se encuentra un supuesto semejante, en el cual se considera que al profesor de música que abusó sexualmente de algunos de los alumnos de su grupo de menores se le podría permitir seguir dando clases de música sólo a grupos de adultos. Cfr. SINN, A. § 70: Anordnung des Berufsverbots; § 70 a: Aussetzung des Berufsverbots. En: WOLTER, J. (ed.) Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch: SK-StGB. Carl Heimanns Ed. 1996. § 70, nm. 11, nota 45: BGH NSTZ (M) 1996, 122 ss.; NSTZ-RR 2014, 177. Cfr. asimismo, WEDEKIND, V. E. Die Reform, 56.

³⁷ En este ejemplo, tomado de la jurisprudencia alemana, se apreció que al médico que abusó sexualmente de una paciente se le restringiera la atención médica a pacientes varones. Cfr. SINN, A. Systematischer Kommentar (cit.) § 70, nm. 11, nota 46: BGH StV 2004, 653 s.

³⁸ Cfr. WEDEKIND, V. E. Die Reform, 56, nota 228, quien a su vez cita sobre este particular a LANG-HINRICHSSEN, en: Festschrift für Heinitz, 1972, S. 493; y a STREE, en: SCHÖNKE/SCHRÖDER, StGB, 26. Ed., 2001, § 70 Rn. 15^o.

la profesión médica en general. Antes al contrario, el carácter potestativo de la pena de inhabilitación profesional permitiría no imponerla en algún supuesto y, decidida la imposición, según los casos, extenderla al ejercicio de la profesión médica en general o restringirla a una especialidad o actividad concretas. Y todo ello con independencia de que en cualquiera de esos casos concurre imprudencia profesional, debiendo entenderse ésta simplemente como la que se comete en el ejercicio de la profesión, pues la interpretación al uso, como plus de la imprudencia grave y diferenciada por ello de la imprudencia del profesional es innecesaria, confusa y artificiosa.

Retomando la cuestión que había dejado pendiente en relación con la reiteradamente mencionada STS de 15 noviembre 2001, la cual constituye prácticamente el único caso en que se fundamenta el ámbito de la pena de inhabilitación profesional, no son de recibo los argumentos que en ella se esgrimen para justificar que dicho ámbito debe extenderse en todo caso a la profesión médica en general, y no restringirse a la especialidad de obstetricia, en la cual cometió el delito la procesada y condenada.

No convence el argumento formal de que “dicha profesión está conectada con el oficio (en sentido amplio de actividad retribuida) en cuyo ámbito se comete el delito, para cuyo ejercicio, cuando se trata de una profesión, en el caso médica, se requiere la oportuna titulación facultativa, la cual a su vez es habilitante para la obtención de las posteriores especialidades dentro del ejercicio de su profesión”. Ello indica más bien todo lo contrario: que el ejercicio de la profesión –de acuerdo asimismo, por otra parte, con las normas básicas o fundamentales, tanto comunitarias como nacionales, que regulan las profesiones sanitarias- se refiere a aquello para lo que se está habilitado; para el ejercicio de la profesión médico-quirúrgica de obstetricia y ginecología, y no, por ejemplo, para otras especialidades médico-quirúrgicas (oftalmología, otorrinolaringología, etc.), de laboratorio o diagnósticas (análisis clínicos, inmunología, etc.) o clínicas (alergología, dermatología, etc.). Tampoco es aceptable el argumento de que el delito imprudente debe tener el mismo tratamiento que el doloso. Según dicha STS “el delito doloso previsto en el art. 157 del Código Penal, individualiza la inhabilitación especial con el ejercicio de «cualquier profesión sanitaria», sin perjuicio de acotar en otros términos referida inhabilitación para la prestación de servicios en clínicas ginecológicas, con relación a otros partícipes no sanitarios, siendo evidente que el delito culposo descrito en el art. 158 debe tener idéntico tratamiento en este particular

aspecto penológico relacionado con la inhabilitación especial que también concreta para la imprudencia profesional en inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión”. Con independencia de las razones materiales, según las cuales lo que resulta evidente en cuanto aceptado en general por la doctrina y la jurisprudencia es que el delito imprudente tiene un tratamiento distinto del doloso, el argumento formal alegado aquí por la sentencia tampoco conduce a la evidencia de que el alcance de la pena de inhabilitación profesional prevista por el art. 157 (delito doloso) deba ser el mismo para el art. 158 (delito imprudente). El art. 158 dispone que “se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo”, lo cual no equivale a decir (y podría haber dicho el legislador) que se impondrá –aunque con menor duración- la misma pena del art 157; esto es, la de “inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados”. Esta especificación del delito doloso significa precisamente que la referencia, en el delito imprudente, a la inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo no debe entenderse necesariamente como inhabilitación para el ejercicio de la profesión médica en general, sino más bien su posibilidad de restricción a una especialidad o incluso a una actividad dentro de aquélla.

Asimismo tampoco son convincentes los argumentos materiales y de política criminal esgrimidos en la sentencia. Si, como en ella se afirma, el delito se cometió en el ejercicio de la actividad de obstetra, como una de las múltiples facetas o especialidades de la profesión médica, resulta contradictorio afirmar –como en ella se hace- que el hecho no tenga que estar necesariamente conectado con la específica y concreta actividad, sino con la actividad médica en general, y deducir de ello, como mera petición de principio, que “tal delimitación podría conducir a resultados absurdos, permitiendo entonces al penado ejercer su profesión en otros ámbitos diferentes, pero no por ello dejar, mediante su apartamiento, de ejercer su profesión, que es la razón de la pena”. Si la razón de la pena es, como dice la sentencia, la de actuar en un doble sentido, “como sanción individual y como mecanismo de protección social”, habrá que fundamentar desde el punto de vista de los fines de la pena –en atención, entre otros posibles, a los criterios expuestos en la propuesta *lege ferenda*- si la inhabilitación profesional debe extenderse a la profesión médica en general o limitarse al ejercicio de la especialidad, pues, según los casos, como veremos finalmente en los últimos

ejemplos de referencia, ambas opciones son posibles. Pero en dicho análisis no se detiene la sentencia.

En lo que se refiere al segundo ejemplo, no cabe duda en calificar de temeraria la actuación del médico que, consciente de su ineptitud, realiza la complicada cirugía laparoscópica del cáncer nasofaríngeo o de *cavum*, con las peores consecuencias para la paciente. La gravedad de la imprudencia justificaría la imposición de la pena de inhabilitación profesional aunque ésta se previera con carácter potestativo en el tipo y asimismo que se extendiera al ejercicio de la profesión médica en general. Dicha extensión respondería también a los fines de la pena de inhabilitación profesional, tanto desde el punto de vista de la prevención general como especial. La conducta del médico y su necesidad de prevención no se circunscribe únicamente al ejercicio de la cirugía, en la que la ha materializado, sino a su profesión como médico en general, respecto de la cual la pena debe desplegar sus efectos preventivos.

Por el contrario, en el tercer ejemplo, aunque la interpretación errónea de la radiografía y como consecuencia de ello el tratamiento equivocado con resultado mortal constituye una imprudencia profesional (por haberse cometido en el ejercicio de la profesión), habrá que analizar, en un primer paso –pues aquí es más cuestionable que en los casos anteriores–, si dicha imprudencia profesional alcanza la gravedad que el tipo debe requerir para prever, con carácter potestativo, la pena de inhabilitación profesional –imprudencia grave–, o si, por el contrario, constituye un grado de imprudencia para el que el tipo no prevé dicha pena. Según la regulación vigente bastará para ello que sea una imprudencia menos grave. El carácter potestativo de la pena hace posible que ya en este primer momento, aun calificado el hecho de imprudencia grave, se decida la no imposición de la pena inhabilitación profesional en atención a los fines de prevención general y especial de la misma. Estos criterios no son los mismos que determinan el grado de imprudencia, aunque se pueda llegar al mismo resultado con la no apreciación de imprudencia grave (o, según el requisito vigente, imprudencia profesional). Y ciertamente, como lo demuestra una amplia jurisprudencia, en la mayoría de los casos de errores de diagnóstico (los más numerosos con diferencia frente a los demás tipos de errores médicos) sólo excepcionalmente suele apreciarse imprudencia profesional. En un segundo paso, una vez decidida la imposición de la pena de inhabilitación profesional, habrá que decidir la extensión de su ámbito profesional en atención a los criterios indicados en la propuesta *lege ferenda*. La solución concreta a este ejemplo no es lo más

importante, pues, según sean los pormenores del caso, puede derivar en uno u otro sentido de los expuestos. Lo verdaderamente relevante es, a mi entender, que la propuesta que aquí se hace permite llegar a una solución más diversificada y justa que la que suele aplicarse sobre la base de la regulación actual.

Finalmente, el quinto y último ejemplo, el del afamado cirujano cinco afectado de Parkinson, es un caso claro en que (salvo que concurrieran otras circunstancias que indicaran la necesidad de extender la inhabilitación profesional al ejercicio de la medicina en general) aun apreciando la imposición de la pena de inhabilitación profesional, ésta, sobre la base de que la causa de la imprudencia radica en una merma, infravalorada por el médico, de las condiciones físicas para la práctica de la cirugía, debería restringirse al ejercicio de dicha actividad, sin que el médico cinco resultara privado, por ejemplo, de la posibilidad de seguir atendiendo en consulta a los pacientes o de actuar como tutor cualificado en las primeras intervenciones quirúrgicas realizadas por otros ginecólogos noveles.

* * * * *

Prof. Dra. Leticia Jericó Ojer

Prof. Titular acredit. de D. Penal. Univ. Pública de Navarra, Pamplona. Patrona FICP

~La nueva regulación del delito medioambiental según LO 1/2015, de 30 de marzo: sus repercusiones en la contaminación acústica*~

El ruido se ha convertido en un agente contaminante de primer orden, con sus particularidades respecto de otras formas de contaminación, puesto que se debe tener presente que el ruido ni se traslada, ni se acumula ni se mantiene en el tiempo. Generalmente los casos de contaminación acústica que se han analizado en el ámbito judicial son aquellos circunscritos a ámbitos urbanos, procedentes de actividades de hostelería, ocio, industria y que, según el TS, son constitutivos de delitos contra el medio ambiente (art. 325 CP). Esto lo fundamenta el Alto Tribunal al considerar que la emisión de ruidos puede poner en peligro la salud de las personas, puesto que estar sometido a unos niveles de ruido puede generar en el ser humano patologías tales como trastornos, irritabilidad, insomnio, ansiedad o depresión. Las penas aplicables han sido elevadísimas, sobre todo teniendo en cuenta que en muchos de los casos, al margen de la aplicación del tipo previsto en el art. 325 CP, la pena se incrementa debido a la apreciación de la agravante de desobediencia (art. 326 b CP), pues suele ser muy habitual que Administración realice continuos requerimientos a los propietarios de los bares, discotecas, etc. para que cesen en esas actividades, haciendo éstos generalmente caso omiso.

Considero que han sido tres razones principalmente las que han llevado a la jurisprudencia a castigar la contaminación acústica en ámbitos urbanos como delito medioambiental¹.

1º) *Interpretar que los dos incisos del art. 325 CP son tipos autónomos y no dependientes.* Esto tiene mucha importancia (especialmente en la contaminación acústica), puesto que para el TS la contaminación acústica dará lugar a un delito medioambiental cuando la emisión de ruidos, superando los niveles permitidos, pueda poner en peligro grave la salud de las personas (inciso 2º del art. 325 CP), sin necesidad

* Resumen de la ponencia presentada el día 18 de junio de 2015 en el XVIII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal (Derecho Penal General y Derecho Penal de Empresa), celebrado los días 18 y 19 de junio de 2015 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá, organizado por el Área de Derecho Penal y la FICP.

¹ V. extensamente, JERICÓ OJER, La tutela penal del ruido, en: ALENZA GARCÍA (dir.), El Derecho contra el ruido, 2013, 386 ss.

de acreditar la concurrencia del inciso 1º, esto es, que se pueda poner en peligro el equilibrio de los sistemas naturales, lo que resulta muchísimo más dudoso²; 2º) *Ampliar el concepto de medio ambiente* (a partir del caso El Portet), entendiendo que el domicilio particular forma parte del hábitat del ser humano, pudiendo este ser afectado por la emisión de ruidos; 3º) En los casos de contaminación acústica (no en otros casos de contaminación por ejemplo a través de vertidos o emisiones a la atmósfera), mediante la *creación de un bien jurídico ad hoc* al entender que en estos casos, además del equilibrio de los sistemas naturales lo que se protege en el tipo penal del art 325 CP es la intimidad personal y familiar en el domicilio, el bienestar y la calidad de vida de los ciudadanos.

Desde 2012, año desde el que he iniciado el análisis de la contaminación acústica como delito contra el medio ambiente, los pronunciamientos del TS en esta materia son condenatorios (Caso Brunito, Caso Pub Le Club, Caso Coyote, Caso La Almansera, Caso Los Cazadores, Caso S'H d'Empassar, Caso Escondite). Una excepción la presenta el Caso Vandelvira (2012) y el Caso El Piano (2014) (ambos siendo ponente Juan Sánchez Melgar) en donde se exponen consideraciones tales como que las inmisiones acústicas no encajan en el concepto de graves, no afectan al bien jurídico protegido que el equilibrio de los sistemas naturales, que existen rasgos diferentes de la contaminación acústica en relación con las demás formas de contaminación y que esta conducta presenta un mejor encaje en el Derecho administrativo sancionador que en el ámbito del Derecho Penal.

Los delitos contra el medio ambiente sufren una importante modificación a raíz de la reforma operada por LO 1/2015, de 30 de marzo. En la EM de la LO 1/2015, de 30 de marzo no se encuentra ninguna alusión a la posible justificación políticocriminal de este cambio, necesaria a todas luces teniendo en cuenta que los delitos medioambientales ya habían sido reformados en el año 2010, con incrementos en el pena. La única justificación se halla en la presentación de las enmiendas y alude a la necesidad de transponer una directiva europea, concretamente la 2009/123/Ce (art. 5 bis) relativa a la

² Favorables a la configuración de tipos autónomos, v. por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ, Delitos contra el medio ambiente, 1999, 96 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, DPPE, 3ª, 2010, 587. Postulando la existencia de tipos dependientes, v. entre otros, GARCÍA RIVAS, Delito ecológico. Estructura y aplicación judicial, 1998, 136; CORCOY BIDASOLO, Protección penal del medio ambiente: legitimidad y alcance. Competencia penal y administrativa en materia de medio ambiente, en: Derecho penal de la empresa, 2002, 625 ss.; ALASTUEY DOBÓN, El delito de contaminación ambiental, 2004, 74 ss.; MATELLANES RODRÍGUEZ, Derecho penal del medio ambiente, 2008, 127; JERICÓ OJER, La tutela penal del ruido, en: ALENZA GARCÍA (dir.), El Derecho contra el ruido, 2013, 382 ss.

contaminación procedente de buques y la introducción de sanciones para las infracciones, que por otro lado ya había sido utilizada para fundamentar el incremento de pena de la reforma de 2010.

El nuevo art. 325 CP queda de la siguiente manera:

“Art. 325 CP: 1. Será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años, multa de diez a catorce meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a dos años el que, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, subterráneas o marítimas, incluido el alta mar, con incidencia incluso en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas que, por sí mismos o conjuntamente con otros, cause o pueda causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas.

2. Si las anteriores conductas, por sí mismas o conjuntamente con otras, pudieran perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales, se impondrá una pena de prisión de dos a cinco años, multa de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años.

Si se hubiera creado un riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas, se impondrá la pena de prisión en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado”.

En relación con la nueva modificación³, cabe destacar que el delito contra el medio ambiente se compone de dos apartados, los cuales comparten la exigencia de realización de idénticas conductas contaminantes, añadiendo al reforma “por sí mismas” o “conjuntamente con otras” y la infracción de la normativa administrativa (con la consiguiente utilización de la técnica de la ley penal en blanco. El art. 325.1 CP requiere además que se cause o pueda causar daños sustanciales a la calidad del aire, el suelo, las aguas, animales o plantas. Por su parte, el art. 325.2 CP exige en su inciso primero que las conductas contaminantes puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales y en el segundo la creación de de riesgo grave de perjuicio para la salud de las personas.

Por lo que respecta a la nueva regulación creo que se deben realizar las siguientes reflexiones:

1º) Se crea un nuevo bien jurídico penal⁴. Ya no se trata del equilibrio de los sistemas naturales (bien jurídico protegido en el art. 325.2 CP), sino de los recursos naturales considerados en sí mismos; 2º) Resulta absolutamente criticable la

³ V. GÓRRIZ ROYO, Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (arts. 325, 326, 326 bis, 327 y 328 CP), en: Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015, 2015, 1001 ss.; HAVA GARCÍA, Modificaciones en delitos ambientales, en: QUINTERO OLIVARES (coord.), Comentarios a la reforma penal de 2015, 2015, 655 ss.

⁴ HAVA GARCÍA, Modificaciones en delitos ambientales, en: QUINTERO OLIVARES (coord.), Comentarios a la reforma penal de 2015, 2015, 658.

configuración del tipo penal del art. 325.1 CP, puesto que castiga con idéntica pena conductas de peligro (pueda causar) y de lesión (cause)⁵, lo que supone una vulneración del principio de proporcionalidad; 3º) Resulta difícil interpretar el término “sustancial” en el daño. La formulación de daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas ya aparece en los actuales arts. 328.2 CP (gestión de residuos) y 345 CP. Podríamos decir que la redacción del nuevo art. 325.1 CP es heredera del vigente art. 328.2 CP, ya que incluso le asigna idénticas penas. En todo caso considero que el daño sustancial debe ser mayor que el grave, pues es este el requerido en la normativa administrativa; 4º) Tanto el art. 325.1 CP como el art. 325.2 CP introducen como novedad el hecho de que las conductas contaminantes (por sí mismas o conjuntamente con otras) den lugar a los tipos penales. Considero que esta previsión puede suponer una vulneración del principio de responsabilidad penal por el hecho⁶; 5º) El legislador no soluciona tampoco esta vez la relación entre los dos incisos del art. 325.2 CP, aunque considero que puede seguir manteniéndose que nos encontramos ante tipos derivados⁷; 6º) Creo que se produce una modificación en relación con la configuración del inciso 2º art. 325.2 CP por lo que se refiere a la regulación vigente. Considero que, sólo para los casos de perjuicio grave para la salud, no para el equilibrio de los sistemas naturales, se pasa de una estructura de delito de peligro hipotético o de aptitud a un delito de peligro concreto. Creo que ahora se exige expresamente la creación de una efectiva situación de peligro (resultado de peligro). Eso ya no exige sólo comprobar la idoneidad *ex ante* de las conductas para poner en peligro la salud de las personas, sino que dado el resultado de peligro es necesario acreditar y probar causalmente la relación de peligro, es decir, que como consecuencia de la realización de conductas contaminantes se ha creado una situación de riesgo grave para la salud. Se complican desde mi punto los requisitos de la prueba, mucho más fácil cuando se trata de delitos de aptitud.

Las repercusiones que puede originar la nueva regulación del delito medioambiental en el ámbito de la contaminación acústica son las siguientes:

⁵ HAVA GARCÍA, Modificaciones en delitos ambientales, en: QUINTERO OLIVARES (coord.), Comentarios a la reforma penal de 2015, 2015, 658.

⁶ JERICÓ OJER, La tutela penal del ruido, en: ALENZA GARCÍA (dir.), El Derecho contra el ruido, 2013, 395 s.

⁷ Interesante interpretación la que realiza GÓRRIZ ROYO, Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (arts. 325, 326, 326 bis, 327 y 328 CP), en: Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015, 2015, 1016 ss., al considerar que el tipo básico del delito medioambiental lo configura el art. 325.2 CP, siendo el art. 325.1 CP tipo atenuado.

1º) Considero que rara vez la contaminación acústica puede ser apta para perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales. Dadas las especificidades de la contaminación acústica (el ruido ni se traslada, ni se acumula ni se mantiene en el tiempo) no pone en peligro la capacidad de regeneración del ecosistema. Es por ello que la aplicación del tipo quedará vinculada a emisiones acústicas que alteren gravemente la calidad de un sistema natural especialmente sensible, siendo difícil por lo tanto la aplicación del delito acústico en estos casos. Igualmente se ha considerado que el juez deberá valorar, en primer lugar, los aspectos cualitativos, como el tono del ruido, así como los efectos físicos que produce en el cuerpo humano y, en segundo lugar, la intensidad de la emisión y de la recepción, la distancia del lugar de emisión, el entorno de la instalación, sin olvidarse de las medidas de precaución adoptadas por el dueño de la instalación que produce los ruidos y el criterio temporal. Si existe algún criterio absolutamente indicativo de la gravedad del peligro en materia de contaminación acústica este es, sin duda alguna, el hecho de que las emisiones de ruidos o vibraciones sean reiteradas. De ahí que se deba seguir optando por la absolución a través del delito contra el medio ambiente.

2º) Por lo que respecta al riesgo grave de perjuicio para la salud, la nueva redacción exige a partir del día 1 de julio no que las emisiones de ruidos que superan los límites permitidos sean aptas para poner en riesgo grave la salud, sino que creo que la redacción apunta a la existencia de un peligro concreto para la salud de las personas. Creo que ahora será necesario probar que se ha creado un riesgo grave de perjuicio para la salud. Aun sosteniendo que se trata de tipos autónomos como viene considerando el TS (que no lo creo) la redacción actual dificulta la prueba para castigar sólo por el art. 325.2 inciso 2º ya que se tendría que exigir que es la emisión de ruidos lo que genera ese resultado de peligro grave para la salud, respecto de la regulación ahora vigente en donde sólo se tiene que acreditar que la emisión de ruidos es idónea para generar grave riesgo a la salud de la personas. Sin embargo, tampoco considero que los problemas de prueba, a pesar de que se dificultan, sean insalvables. Lo que ya me parece un despropósito es que, sosteniendo la opción del TS, se puede llegar a imponer penas que van desde los 5 hasta los 7 años y 6 meses de prisión cuando no ha existido peligro para el equilibrio de los sistemas naturales..

3º) Idéntica conclusión se puede extraer si el TS sigue sosteniendo que el bien jurídico protegido en los casos de contaminación acústica es la intimidad personal y

familiar en el domicilio, lo que es absolutamente rechazable, generando ahora mayores problemas con la posibilidad incluso de aumentar la pena en un grado.

4º) Queda una última vía, la novedosa, para intentar reducir la evidente desproporción en el castigo. Cabe plantearse si en los supuestos de contaminación acústica los tribunales pueden aplicar el nuevo art. 325.1 CP, lo que considero difícil. No creo que sea sostenible que la contaminación acústica afecta a la calidad del aire. La calidad del aire hace referencia a la polución y a la contaminación atmosférica lo que, desde mi punto de vista hace difícil la aplicación de este precepto.

5º) En el ámbito de la contaminación acústica ha sido muy importante, como ya he comentado con anterioridad, la apreciación de la agravante de desobediencia. Ahora el contenido permanece inmutable en este nuevo art. 327 CP pero permite, al menos en la intención del legislador, aplicarlo a más tipos penales relativos al medio ambiente ya que lo sitúa no en el art. 326 sino en el art. 327 CP, siendo por lo tanto aplicable al 325 (delitos medioambiental), 326 (gestión ilegal de residuos), 326 bis (explotación de instalaciones dedicadas a actividades o sustancias peligrosas).

Pero hay un error en la redacción del precepto que va a impedir, atendiendo al respeto al principio de legalidad, aplicarlo a los supuestos del art. 325 CP y, por lo tanto, a los casos de contaminación acústica.

* * * * *

Prof. Dr. Fernando de la Fuente Honrubia

Magistrado. Profesor Asociado Universidad a Distancia de Madrid (UDIMA). Socio de la FICP.

Sacramento Ruiz Bosch

Juez Sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia. Socia de la FICP

~Las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad. Especial estudio de la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo*~

I. INTRODUCCIÓN

La LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que, como establece su Disposición Final 8ª, entrará en vigor el día 1 de julio de 2015, ha venido a modificar la actual regulación de la suspensión y la sustitución de las penas privativas de libertad, introduciendo un nuevo sistema caracterizado por la existencia de un único régimen de suspensión que ofrece diversas alternativas, pretendiendo dotar al sistema de mayor flexibilidad y eficacia mediante una tramitación más rápida de la fase inicial de la ejecución de las penas de prisión.

En la *mens Legislatoris* se halla el deseo de poner fin a la situación actual en la que la existencia de una triple regulación de la suspensión (suspensión ordinaria, suspensión para el caso de delincuentes drogodependientes y sustitución de la pena) da lugar, en muchas ocasiones, a tres decisiones sucesivas que son objeto de reiterados recursos.

Con la reforma se trata de humanizar la institución de la suspensión de las penas, por ello se concede libertad a los jueces para resolver sobre cuáles son las comprobaciones que deben llevarse a cabo para acreditar el cumplimiento de los requisitos legales de la suspensión, eliminando el automatismo de la prohibición de suspender las penas a quienes tengan antecedentes penales, de modo que serán los jueces quienes valoren si los antecedentes penales justifican o no o la concesión de la suspensión, o si justifica o no la revocación de la suspensión el hecho de que un condenado cometa un delito mientras esté disfrutando del beneficio. Es decir, con la

* Ponencia presentada el día 18 de junio de 2015 en el XVIII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal (Derecho Penal General y Derecho Penal de Empresa), celebrado los días 18 y 19 de junio de 2015 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá, organizado por el Área de Derecho Penal y la FICP.

nueva regulación, el Juez o Tribunal a la hora de decidir sobre la concesión del beneficio o sobre su revocación, deberá valorar si los antecedentes penales existentes al momento de la comisión del delito cuya pena se suspende o el delito que se cometa durante el plazo de suspensión, tienen o no relevancia a efectos de valorar la peligrosidad criminal del delincuente.

1. Regulación de la suspensión

La suspensión de las penas privativas de libertad viene regulada en la Sección 1ª (“De la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad”) del Capítulo III (“De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la libertad condicional”), del Título III (“De las penas”) del Libro I del Código Penal (cuya rúbrica “Disposiciones generales sobre los delitos y las faltas, las personas responsables, las penas, medidas de seguridad y demás consecuencias de la infracción penal” se ha visto modificada por la LO 1/2015, que ha eliminado la referencia a las faltas), y que abarca los artículos 80 a 87, todos ellos dotados de nuevo contenido por la LO 1/2015.

2. Finalidad de la suspensión

La finalidad de la suspensión radica en evitar el cumplimiento efectivo de las penas privativas de libertad de corta duración, y es por ello que se aplique, con las excepciones que seguidamente examinaremos, a penas privativas de libertad inferiores a 2 años. Su sentido es favorecer la reinserción del penado.

En su nueva redacción el artículo 80.1 CP dispone que “Los jueces o tribunales, mediante resolución motivada, podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos”.

Al igual que ocurre en la vigente redacción, tras la reforma la suspensión de las penas privativas de libertad sigue teniendo carácter discrecional, como lo indica la forma verbal utilizada en el precepto “podrán”. De hecho, con la reforma el Legislador trata de instaurar una regulación de la suspensión que permita a los Jueces y Tribunales valorar si los antecedentes penales del condenado tienen, por su naturaleza y circunstancias, relevancia para estimar su posible peligrosidad y, en consecuencia, si puede concederse o no el beneficio de la suspensión, considerando la ley que este mismo criterio debe ser aplicado en la regulación de la revocación de la suspensión.

La mayor flexibilidad y discrecionalidad del nuevo sistema de la suspensión viene justificada por la trasposición a nuestro ordenamiento jurídico de la Decisión Marco 2008/675/JAI realizada por la propia LO 1/2015, que establece la plena equivalencia entre los antecedentes penales correspondientes a condenas impuestas por los Tribunales españoles y los de cualesquiera otros Tribunales de Estados miembros de la Unión Europea (se ha otorgado una nueva redacción a la circunstancia agravante 8ª del artículo 22: “8.ª Ser reincidente. Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza. A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo, ni los que correspondan a delitos leves. Las condenas firmes de jueces o tribunales impuestas en otros Estados de la Unión Europea producirán los efectos de reincidencia salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pudiera serlo con arreglo al Derecho español”, y se ha añadido un nuevo artículo 94 bis: “A los efectos previstos en este Capítulo, las condenas firmes de jueces o tribunales impuestas en otros Estados de la Unión Europea tendrán el mismo valor que las impuestas por los jueces o tribunales españoles salvo que sus antecedentes hubieran sido cancelados, o pudieran serlo con arreglo al Derecho español”).

El concepto de peligrosidad criminal aparece directa e inmediatamente relacionado con consideraciones que pertenecen al plano de la prevención especial. La constatación de la existencia en el sujeto condenado de un “estado de peligrosidad criminal” determina un desalentador pronóstico acerca de su futura conducta y hace considerar como probable o altamente probable su reiteración delictiva. En estas circunstancias, se considera que la ejecución material de la pena privativa de libertad impuesta resulta indispensable, precisamente desde el punto de vista de la prevención especial, para que la misma pueda cumplir su función.

No obstante lo anterior, junto a dicho pronóstico de peligrosidad, el legislador de 2015 introduce otro factor ciertamente distorsionante cual es el de previsibilidad del comportamiento postdelictivo del sujeto sobre la base de criterios específicos de prevención especial y necesaria conminación de la ejecución de la pena de prisión. Un factor de decisión tan amplio y a veces difícilmente previsible hace complicado que el Juez o Tribunal deniegue el beneficio sobre la base de estos criterios.

3. Plazos de suspensión

El nuevo artículo 81, dispone que el plazo de suspensión será de dos a cinco años para las penas privativas de libertad no superiores a dos años, y de tres meses a un año para las penas leves, y se fijará por el Juez o Tribunal, atendidos los criterios expresados en el párrafo segundo artículo 80.1, es decir, atendiendo a las circunstancias del delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales y los efectos que quepa esperar de la suspensión y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas.

En el caso de que la suspensión hubiera sido acordada respecto de delincuentes que cometen el hecho delictivo a causa de su grave adicción a drogas o sustancias tóxicas el plazo de suspensión será de tres a cinco años.

Una de las supuestas mejoras técnicas aportadas por esta reforma de 2015 es la precisión de cuál es el momento de inicio de los plazos de suspensión. Así, según el nuevo artículo 82.2 el plazo de suspensión se computará desde la fecha de la resolución que la acuerda. Si la suspensión hubiera sido acordada en sentencia, el plazo de la suspensión se computará desde la fecha en que aquélla hubiere devenido firme.

No se computará como plazo de suspensión aquél en el que el penado se hubiera mantenido en situación de rebeldía.

Sin embargo, no se aprecia a ver cómo es posible que se inicie el cómputo del plazo de suspensión si la resolución no se notifica al penado, el cual, no puede desplegar las reglas de conducta que le impone la suspensión concedida sino conoce que le ha sido otorgado el beneficio. Puede sostenerse que conforme a lo dispuesto en el art. 161 LECrim podría entenderse notificada la resolución a través del Procurador de los Tribunales del acusado, pero sobre el particular, es pacífico hasta ahora en el ámbito forense la necesaria notificación de esta resolución para que el penado actúe con conocimiento de las obligaciones que le comporta.

La suspensión de la ejecución de la pena no será extensiva a la responsabilidad civil derivada de delito o falta penados (actual art. 80.3 y nuevo artículo 80.2.3º).

4. El deber de resolver en sentencia. Los nuevos trámites de audiencia a las partes y a las víctimas

Otra de las mejoras técnicas introducidas por la reforma de 2015 es la imposición a los Jueces y Tribunales del deber de resolver en sentencia sobre la posible suspensión de la ejecución siempre que ello resulte posible, y para los casos en que no sea posible, se articula un trámite de audiencia previa para las partes.

Y este mismo trámite se incorpora antes de resolver sobre la modificación de las condiciones o de su revocación, si bien en este último caso queda salvaguardada la posibilidad de que el Juez revoque inmediatamente, sin audiencia de las partes, ante los casos de riesgo de fuga, peligro para la víctima o reiteración delictiva.

Dispone en nuevo artículo 82.1 que “El juez o tribunal resolverá en sentencia sobre la suspensión de la ejecución de la pena siempre que ello resulte posible. En los demás casos, una vez declarada la firmeza de la sentencia, se pronunciará con la mayor urgencia, previa audiencia a las partes, sobre la concesión o no de la suspensión de la ejecución de la pena”.

La necesidad de oír a las víctimas o, en su caso, a sus representantes legales, antes de conceder el beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, se recoge en el nuevo artículo 80.6 CP para el supuesto de los delitos que sólo pueden ser perseguidos previa denuncia o querrela del ofendido. Aunque a primera vista el precepto podría parecer redundante respecto de lo dispuesto en el artículo 82.1, el Legislador está pensando en las víctimas que no se han personado en las actuaciones, como puede ocurrir en el caso de los delitos contra la libertad sexual a que se refiere el artículo 191.1 CP (agresiones, acoso o abusos sexuales) en que la querrela (si la víctima es mayor de edad) o la denuncia (si la víctima es menor de edad), puede ser presentada por el Ministerio Fiscal, es decir, que para acordar sobre la concesión de la suspensión en estos delitos sólo perseguibles a instancia de parte el ofendido deberá ser siempre oído, aunque sea a través de su representante legal, aun cuando no tenga la condición de parte en el proceso por haber sido el Ministerio Fiscal quien ha ejercitado la acción penal.

5. Condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena

El nuevo artículo 80.2 CP establece que son condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena las siguientes:

1ª.- Que el condenado haya delinquido por primera vez. A tal efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes o por delitos leves, ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o debieran serlo. Tampoco se tendrán en cuenta los antecedentes penales correspondientes a delitos que, por su naturaleza o circunstancias, carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros.

Respecto de la condición de que el condenado haya delinquido por primera vez, debe entenderse que así sucede cuando, al tiempo de cometer el delito, no hubiera sido ya condenado ejecutoriamente por otro; si dicha condena no se había producido entonces, y se concede la suspensión, una posterior firmeza de una sentencia condenatoria dictada por hechos cometidos antes de los que son objeto de condena, no comportará la revocación del beneficio concedido de conformidad con lo establecido en el actual art. 84.1 así como en el nuevo artículo 86.1.a) CP.

En nuestra opinión, aunque tras la LO 1/2015 se siga manteniendo la previsión de que el condenado haya delinquido por primera vez, en realidad se elimina la necesidad de que se trate de un delincuente primario, pues seguidamente, y tras la lógica afirmación de que no se tendrán en cuenta los antecedentes penales cancelados o cancelables, determina que no se tengan en cuenta los antecedentes penales correspondientes a delitos que por su naturaleza o circunstancias carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de futuros delitos. En consecuencia, con la nueva regulación podrá ser suspendida la pena privativa de libertad a delincuentes no primarios que no evidencien peligrosidad criminal en atención a la naturaleza y circunstancias del delito que dio lugar a los antecedentes penales.

2ª.- Que la pena o la suma de las impuestas no sea superior a dos años, sin incluir en tal cómputo la derivada del impago de la multa.

La dificultad para determinar el límite máximo por lo que respecta a la extensión de las penas que pueden ser suspendidas se centra, de forma prácticamente exclusiva, en la pena de prisión.

Por lo que concierne a la pena de localización permanente ésta tendrá en todos los casos una duración inferior a los seis meses (el artículo 37 CP no se ha visto afectado por la reforma de 2015), y, en consecuencia, cuando aparezca impuesta como pena

única, colmará siempre las exigencias del actual artículo 80.1 del CP y del nuevo artículo 80.2.

En cuanto a la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, el artículo 50.3 del CP (que tampoco ha sido objeto de reforma por la LO 1/2015) determina que la extensión mínima de la pena de multa será de diez días y la máxima de dos años. En consecuencia, y en aplicación de lo establecido en el artículo 53.1, (precepto del que la reforma de 2015 ha eliminado solamente la referencia a las faltas) la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago nunca podría superar el año de extensión (un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas), límite que tampoco puede sobrepasarse cuando el impago lo sea de multa proporcional, en cuyo caso, art. 53.2, determina que la responsabilidad personal subsidiaria que pudiera establecerse, no podrá exceder de un año de duración.

Por otro lado, tanto el actual artículo 81.2 del Código Penal como el nuevo artículo 80.2, determinan que la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, no se computará a los efectos de determinar si la adición de las penas impuestas supera el límite de dos años de privación de libertad.

3ª.- Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado y se haya hecho efectivo el decomiso acordado en sentencia conforme al artículo 127 CP.

Este requisito se entenderá cumplido cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles de acuerdo a su capacidad económica y de facilitar el decomiso acordado, y sea razonable esperar que el mismo sea cumplido en el plazo prudencial que el juez o tribunal determine. El juez o tribunal, en atención al alcance de la responsabilidad civil y al impacto social del delito, podrá solicitar las garantías que considere convenientes para asegurar su cumplimiento.

En la nueva regulación el pago de la responsabilidad civil sigue siendo un presupuesto de la suspensión de la ejecución, y ahora se añade otro presupuesto más para la suspensión: que se haya hecho efectivo el decomiso acordado en sentencia por los Jueces o Tribunales. Pero en la nueva regulación es la ocultación de bienes o el hecho de no aportar información sobre los disponibles o de no facilitar el decomiso acordado lo que determina la revocación de la suspensión ya acordada. Especialmente destacable es que, a diferencia de la regulación actual, se puede conceder el beneficio si

el penado se compromete a abonar la responsabilidad civil y a facilitar el decomiso, se supone que en supuestos de solvencia patrimonial.

No puede existir impedimento alguno para que las responsabilidades civiles declaradas puedan ser **satisfechas por un tercero** distinto del responsable penal. De ahí, que el precepto que, tanto el actual artículo 81 CP como el nuevo artículo 80.2 CP, utilicen una expresión impersonal “se hayan satisfecho”. Ello obedece, en primer lugar, a que por supuesto resulta posible que, junto al responsable penal, sean declarados en las sentencias otros responsables civiles, directos o subsidiarios, que vendrán igualmente obligados a la satisfacción de las indemnizaciones que pudieran haberse establecido. Y, en segundo término, es claro también que no existe la posibilidad material de controlar la procedencia real del dinero empleado en los pagos, ni aún comprobada, rechazarlos, cuando aquéllos procedan de terceros que hubiesen resuelto, con el propósito de facilitar la suspensión de la pena o con otro distinto, entregar el dinero al penado para que éste, a su vez, haga pago de las indemnizaciones correspondientes.

Sin embargo, cuando el abono de las indemnizaciones no pueda realizarse por el penado de forma inmediata o en un tiempo muy breve (ya sea por la importancia cuantitativa de la indemnización, ya por la escasa capacidad económica del condenado), el órgano jurisdiccional se encontrará en la encrucijada de: o bien denegar la suspensión de la ejecución de la pena impuesta ante el impago total o muy sustancial; o bien esperar a que se cumplan los plazos proyectados, una vez aprobado el calendario de pagos, para comprobar la satisfacción de los mismos, antes de pronunciarse acerca de la suspensión (lo que situaría la ejecución de la pena en una indeterminada fase de pendencia); o bien, y esta es, a nuestro juicio, la solución más adecuada, establecer entre las condiciones de la suspensión el abono puntual de las cantidades conforme al “plan de pagos” que resulte aprobado, tras ponderar muy especialmente la opinión al respecto que pudiera expresar la víctima.

6. Condiciones potestativas para la suspensión de la pena

El actual artículo 83 CP condiciona en primer lugar la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad a que el reo no delinca en el plazo fijado en por el Juez o Tribunal. Esta condición “sine qua non” que establece la regulación actual desaparece tras la reforma de 2015, pues tras la entrada en vigor de la LO 1/2015 el Juez o Tribunal podrá valorar si el delito cometido durante el periodo de suspensión conlleva o no la

revocación de la suspensión, o en palabras de la ley, si pone de manifiesto que la expectativa en que se fundaba la decisión de suspensión ya no puede ser mantenida (art. 86.1, a CP).

Según el nuevo artículo 83.1 CP el Juez o Tribunal puede condicionar la suspensión al cumplimiento de las siguientes prohibiciones y deberes cuando ello resulte necesario para evitar el peligro de comisión de nuevos delitos, sin que puedan imponerse deberes y obligaciones que resulten excesivos y desproporcionados:

1ª.- Prohibición de aproximarse a la víctima o a aquéllos de sus familiares u otras personas que se determine por el juez o tribunal, a sus domicilios, a sus lugares de trabajo o a otros lugares habitualmente frecuentados por ellos, o de comunicar con los mismos por cualquier medio. La imposición de esta prohibición será siempre comunicada a las personas con relación a las cuales sea acordada.

2ª.- Prohibición de establecer contacto con personas determinadas o con miembros de un grupo determinado, cuando existan indicios que permitan suponer fundadamente que tales sujetos pueden facilitarle la ocasión para cometer nuevos delitos o incitarle a hacerlo.

3ª.- Mantener su lugar de residencia en un lugar determinado con prohibición de abandonarlo o ausentarse temporalmente sin autorización del juez o tribunal.

4ª.- Prohibición de residir en un lugar determinado o de acudir al mismo, cuando en ellos pueda encontrar la ocasión o motivo para cometer nuevos delitos.

5ª.- Comparecer personalmente con la periodicidad que se determine ante el juez o tribunal, dependencias policiales o servicio de la administración que se determine, para informar de sus actividades y justificarlas.

6ª.- Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales, de igualdad de trato y no discriminación, y otros similares.

7ª.- Participar en programas de deshabituación al consumo de alcohol, drogas tóxicas o sustancias estupefacientes, o de tratamiento de otros comportamientos adictivos.

8ª.- Prohibición de conducir vehículos de motor que no dispongan de dispositivos tecnológicos que condicionen su encendido o funcionamiento a la comprobación previa

de las condiciones físicas del conductor, cuando el sujeto haya sido condenado por un delito contra la seguridad vial y la medida resulte necesaria para prevenir la posible comisión de nuevos delitos.

9ª.- Cumplir los demás deberes que el juez o tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona.

Importante es señalar que el apartado 2 del nuevo artículo 83 CP establece que cuando se trate de delitos cometidos sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge, o por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación similar de afectividad, aun sin convivencia, se impondrán siempre las prohibiciones y deberes indicados en las reglas 1.ª, 4.ª y 6.ª del apartado primero, es decir, la prohibición de aproximarse y comunicarse con la víctima y sus familiares y allegados, en estos dos últimos casos si el Juez así lo estima, la prohibición de residir o acudir a determinados lugares y la de participar en programas formativos de igualdad de trato y no discriminación y similares.

La imposición de cualquiera de las prohibiciones o deberes de las reglas 1.ª, 2.ª, 3.ª, o 4.ª del apartado 1 del nuevo artículo 83 será comunicada a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, que velarán por su cumplimiento. Cualquier posible quebrantamiento o circunstancia relevante para valorar la peligrosidad del penado y la posibilidad de comisión futura de nuevos delitos, será inmediatamente comunicada al Ministerio Fiscal y al juez o tribunal de ejecución.

El control del cumplimiento de los deberes a que se refieren las reglas 6.ª, 7.ª y 8.ª del apartado 1 de este nuevo artículo 83 corresponderá a los Servicios de Gestión de Penas y Medidas Alternativas de la Administración penitenciaria. Estos servicios informarán al juez o tribunal de ejecución sobre el cumplimiento con una periodicidad al menos trimestral, en el caso de las reglas 6.ª y 8.ª, y semestral, en el caso de la 7.ª y, en todo caso, a su conclusión. No obstante, los mencionados servicios informarán inmediatamente de cualquier circunstancia relevante para valorar la peligrosidad del penado y la posibilidad de comisión futura de nuevos delitos, así como de los incumplimientos de la obligación impuesta o de su cumplimiento efectivo.

En cualquier caso, es evidente que las reglas de conducta que resulten impuestas al penado habrán de guardar una cierta relación con las circunstancias del hecho

delictivo y atender al criterio de proporcionalidad con relación al ilícito cometido, y así lo establece expresamente la nueva regulación, sin que deba perderse de vista el trasfondo de recuperación o reinserción social que ha de presidir la suspensión de la ejecución de la pena, de tal modo que aquella finalidad resulte compatible con las reglas de conducta impuestas, procurando que las mismas no constituyan un serio impedimento para la consecución de aquél objetivo. Debe tenerse en consideración, que no se trata aquí, o no debería tratarse, de medidas o reglas de conducta orientadas a la protección de la víctima (que, caso de ser precisas, habrán sido acordadas en otro ámbito), sino de comportamientos orientados a facilitar o promover la reinserción social del penado.

Por otra parte, la LO 1/2015 suprime el actual artículo 88 CP, que regula la sustitución ordinaria de las penas privativas de libertad.

Muy novedoso resulta el contenido del nuevo artículo 84 CP. En primer lugar, porque introduce como posible condición de la suspensión el cumplimiento de lo acordado entre las partes tras un proceso de mediación en los casos en que legalmente sea posible. Y en segundo lugar, porque implica que el tradicional régimen de sustitución de la pena que se contiene el actual artículo 88 CP, pasa a ser regulado como una modalidad de suspensión en la que el Juez o Tribunal puede acordar la imposición, como sustitutivo de la pena privativa de libertad, de una pena de multa o de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad. Además, la conversión no se produce de manera automática, sino que se ofrece a los jueces y tribunales la posibilidad de moderar su importe dentro de ciertos límites.

El sistema también resulta más ágil en el supuesto de impago de la multa sustitutiva impuesta, pues será la ocultación de bienes lo que determinará la revocación de la suspensión.

Así pues, conforme a nuevo artículo 84 CP, el Juez o Tribunal también podrá condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento de alguna o algunas de las siguientes prestaciones o medidas:

1ª.- El cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación.

2ª.- El pago de una multa, cuya extensión determinarán el juez o tribunal en atención a las circunstancias del caso, que no podrá ser superior a la que resultase de

aplicar dos cuotas de multa por cada día de prisión sobre un límite máximo de dos tercios de su duración.

3ª.- La realización de trabajos en beneficio de la comunidad, especialmente cuando resulte adecuado como forma de reparación simbólica a la vista de las circunstancias del hecho y del autor. La duración de esta prestación de trabajos se determinará por el juez o tribunal en atención a las circunstancias del caso, sin que pueda exceder de la que resulte de computar un día de trabajos por cada día de prisión sobre un límite máximo de dos tercios de su duración.

Importante novedad introduce también el segundo apartado del nuevo artículo 84 CP para los casos de que se hubiera tratado de un delito cometido sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge, o por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación similar de afectividad, aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente. En estos casos, el pago de la multa (a que se refiere la medida 2.ª del apartado primero del nuevo artículo 84) solamente podrá imponerse cuando conste acreditado que entre ellos no existen relaciones económicas derivadas de una relación conyugal, de convivencia o filiación, o de la existencia de una descendencia común.

7. Modificación de las condiciones de la suspensión

Según el nuevo artículo 85 CP, durante el tiempo de suspensión de la pena, y a la vista de la posible modificación de las circunstancias valoradas, el juez o tribunal podrá modificar la decisión que anteriormente hubiera adoptado y acordar el alzamiento de todas o alguna de las prohibiciones, deberes o prestaciones que hubieran sido acordadas, su modificación o sustitución por otras que resulten menos gravosas.

Como dice la LO 1/2015 en su Preámbulo, se prevé el trámite de la audiencia a las partes con carácter previo a resolver sobre la modificación de las condiciones. Sin embargo, dicho trámite, previsto en el articulado de la ley respecto de la decisión de suspensión y de su revocación, no se recoge en el nuevo artículo 85, quizá, por un olvido del legislador. No obstante, entendemos que dicha audiencia previa deberá realizarse por responder al espíritu de la ley como bien expresa el Preámbulo, y, en todo

caso, suponer una mayor garantía y salvaguarda de los derechos del condenado, al que se le dará la oportunidad de alegar sobre las razones del incumplimiento y de las posibles medidas a adoptar.

8. Revocación de la suspensión

Conforme al nuevo artículo 86 CP, el juez o tribunal revocará la suspensión y ordenará la ejecución de la pena cuando el penado:

a) Sea condenado por un delito cometido durante el período de suspensión y ello ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida.

b) Incumpla de forma grave o reiterada las prohibiciones y deberes que le hubieran sido impuestos conforme al artículo 83, o se sustraiga al control de los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la Administración penitenciaria.

c) Incumpla de forma grave o reiterada las condiciones que, para la suspensión, hubieran sido impuestas conforme al artículo 84.

d) Facilite información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo decomiso hubiera sido acordado; no dé cumplimiento al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado, salvo que careciera de capacidad económica para ello; o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio, incumpliendo la obligación impuesta en el artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

No obstante, si el incumplimiento de las prohibiciones, deberes o condiciones no hubiera tenido carácter grave o reiterado, el juez o tribunal podrá:

a) Imponer al penado nuevas prohibiciones, deberes o condiciones, o modificar las ya impuestas.

b) Prorrogar el plazo de suspensión, sin que en ningún caso pueda exceder de la mitad de la duración del que hubiera sido inicialmente fijado.

En el caso de revocación de la suspensión, los gastos que hubiera realizado el penado para reparar el daño causado por el delito conforme al apartado 1 del artículo 84 no serán restituidos. Sin embargo, el juez o tribunal abonará a la pena los pagos y la prestación de trabajos que hubieran sido realizados o cumplidos conforme a las medidas 2.^a y 3.^a (apartado 3 del nuevo art. 86)

El apartado 4 del nuevo artículo 86 CP recoge la necesidad de dar audiencia a las partes con carácter previo a la decisión de revocación. Pero se podrá revocar la suspensión de la ejecución de la pena y ordenar el ingreso inmediato del penado en prisión sin necesidad de dicha audiencia previa cuando resulte imprescindible para evitar el riesgo de reiteración delictiva, el riesgo de huida del penado o asegurar la protección de la víctima.

El juez o tribunal podrá acordar la realización de las diligencias de comprobación que fueran necesarias y acordar la celebración de una vista oral cuando lo considere necesario para resolver.

9. Remisión definitiva de la pena

Según el nuevo artículo 87 CP, una vez transcurrido el plazo de suspensión fijado sin haber cometido el sujeto un delito que ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida, y cumplidas de forma suficiente las reglas de conducta fijadas por el juez o tribunal, éste acordará la remisión de la pena.

No obstante, para acordar la remisión de la pena que hubiera sido suspendida conforme al apartado 5 del artículo 80 (adicción a drogas), deberá acreditarse la deshabituación del sujeto o la continuidad del tratamiento. De lo contrario, el juez o tribunal ordenará su cumplimiento, salvo que, oídos los informes correspondientes, estime necesaria la continuación del tratamiento; en tal caso podrá conceder razonadamente una prórroga del plazo de suspensión por tiempo no superior a dos años.

10. Supuestos especiales de suspensión de las penas privativas de libertad

Aunque tras la reforma se establece un régimen único de suspensión, se mantienen los diversos supuestos de suspensión y sustitución de la pena, pero como alternativas u opciones posibles que ofrece el régimen único de suspensión, con lo que se intenta asegurar que Jueces y Tribunales resuelvan una sola vez sobre si la pena de prisión debe ser ejecutada o no, lo que debe redundar en una mayor celeridad y eficacia en la ejecución de las penas. No obstante, partiendo del régimen único, existen determinados supuestos especiales o excepciones al régimen general que pasamos a examinar:

a) *Suspensión de penas de prisión que individualmente no excedan de dos años*

Excepcionalmente, dispone el apartado 3 del nuevo artículo 80 CP, aunque no concurren las condiciones 1.^a y 2.^a del apartado 2 del mismo artículo, es decir, aunque no se trate de delincuentes primarios y aunque la suma de las penas impuestas supere los dos años de prisión, y siempre que no se trate de reos habituales, podrá acordarse la suspensión de las penas de prisión que individualmente no excedan de dos años cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado, así lo aconsejen.

En estos casos, la suspensión se condicionará siempre a la reparación efectiva del daño o la indemnización del perjuicio causado conforme a sus posibilidades físicas y económicas, o al cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación.

Asimismo, se impondrá siempre en estos casos bien el pago de una multa o bien la realización de trabajos en beneficio de la comunidad, con una extensión que no podrá ser inferior a la que resulte de aplicar los criterios de conversión fijados en el artículo 84 sobre un quinto de la pena impuesta.

La nueva regulación zanja la discusión doctrinal existente sobre la posibilidad de suspender la ejecución de varias penas no superiores a dos años impuestas en una misma sentencia aunque la suma de las mismas supere ese límite. Con la actual regulación, dada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, un sector doctrinal aboga por considerar que es posible suspender la penas privativas de libertad que individualmente no excedan de dos años, habida cuenta que el actual artículo 81.2 CP alude a tres grupos o categorías para configurar el límite máximo de extensión, a saber: la pena impuesta, cuando sólo existiera una; las penas impuestas cuando existieren varias; y la suma de las impuestas, y ninguno de estos grupos o categorías podrá superar los dos años de duración. Además cada uno de estos grupos se anuda con la conjunción disyuntiva “o”. La LO 1/2015 acoge este criterio doctrinal, de manera que cuando existan varias penas que individualmente no superen el límite de dos años podrá acordarse la suspensión de todas, aunque con dos condiciones necesarias: 1^a) la reparación del daño o la indemnización del perjuicio, o al cumplimiento del acuerdo de mediación, y 2^a) a que se imponga el pago de una multa o la realización de trabajos en beneficio de la comunidad.

b) *Suspensión por enfermedad muy grave con padecimientos incurables.*

Dispone el nuevo artículo 80.4 CP que los Jueces y Tribunales podrán otorgar la suspensión de cualquier pena impuesta sin sujeción a requisito alguno en el caso de que el penado esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, salvo que en el momento de la comisión del delito tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo.

Precepto de idéntica redacción al actual artículo 80.4 CP.

Evidentemente, si el condenado hubiera empezado ya a cumplir la pena impuesta, y se le presentara esa misma enfermedad muy grave con padecimientos incurables, no siendo ya posible la suspensión de la ejecución, sí cabrá obtener la libertad condicional en los términos establecidos en el actual artículo 92.1 CP, y en los mismos términos se expresa el nuevo artículo 91.1 CP.

La decisión (discrecional) que deberá ser adoptada por el órgano jurisdiccional, acerca de proceder o no a la suspensión de la ejecución de la condena, deberá basarse, una vez más, en el “pronóstico de peligrosidad criminal” que, atendiendo al muy deteriorado estado en la salud del condenado, deberá producirse.

De una parte, el condenado habrá de sufrir una enfermedad muy grave, y de otra, ésta debe imponerle padecimientos incurables. Una enfermedad es muy grave cuando compromete de forma seria la supervivencia a corto plazo. Ahora bien, no debe perderse de vista que la calificación de una enfermedad como “muy grave” no deja de ser un **pronóstico médico**. Con “padecimientos incurables” se refiere a aquellas afecciones que provocan en el paciente limitaciones muy notables, discapacidades de carácter permanente que hacen, una vez más, innecesaria la ejecución de la pena desde el punto de vista de la prevención especial.

Por otro lado, y en cuanto al momento en el que el condenado debe presentar la existencia de la enfermedad muy grave con padecimientos incurables, que podríamos denominar **elemento temporal**, dicha situación debe producirse al tiempo en que se acuerde por el órgano jurisdiccional la suspensión de la ejecución de la condena impuesta.

c) Suspensión por drogodependencia

En la suspensión de la ejecución de las penas impuestas a drogodependientes condicionada a que no abandonen el tratamiento de deshabituación hasta su finalización

se establece como novedad que no se considerará abandono las recaídas durante el tratamiento si estas no evidencian su abandono definitivo.

Dispone el nuevo artículo 80. 5 CP que aun cuando no concurren las condiciones 1.ª y 2.ª previstas en el apartado 2 de este mismo artículo (que el condenado haya delinquido por primera vez y que la pena o la suma de las penas impuestas no supere los dos años), el Juez o Tribunal podrá acordar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a cinco años de los penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el numeral 2.º del artículo 20 CP (bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas y u otras que produzcan efectos análogos), siempre que se certifique suficientemente, por Centro o Servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión.

El nuevo precepto, al igual que el actual artículo 81 CP, requiere de un elemento causal para que pueda concederse este tipo de suspensión, pues evidentemente, no basta para acordar la suspensión con que el condenado padezca un adicción a estas sustancias, lo que sería un injustificado modo de privilegiar el tratamiento de esta clase de enfermos con respecto a cualesquiera otros, sino que resulta preciso, además, que el delito por el que se impuso la pena cuya ejecución se pretende quede en suspenso, hubiera sido cometido, precisamente, “a causa” de su dependencia a la ingesta de esta clase de sustancias.

Es necesario, en consecuencia, que exista una cierta relación de causalidad entre la dependencia al consumo de las mencionadas sustancias y el delito cometido por el que se impuso la pena cuya ejecución se pretende sea suspendida.

Si en la sentencia firme no se entró a valorar, por las circunstancias que fuere, la eventual dependencia del entonces acusado a las referidas sustancias o la relación de causalidad entre dicha dependencia y la comisión del delito, quedará expedita la posibilidad de acreditar este elemento en fase de ejecución.

En la actual regulación el artículo 87 del Código Penal exige el “en todo caso” informe del médico forense sobre los extremos anteriores, de manera que junto al preceptivo informe del médico forense, deberá también acreditarse, con la correspondiente certificación, por Centro o Servicio público o privado debidamente

acreditado u homologado, la circunstancia de que el condenado se encuentra, al tiempo de resolverse sobre la suspensión de la ejecución de la pena, deshabitado o en proceso de deshabitación. No cabe exigir necesariamente que el tratamiento se haya iniciado ya, siendo suficiente con que conste acreditada la existencia de ese propósito y la disponibilidad del centro o servicio para emprenderlo en una fecha próxima concreta. Sin embargo el nuevo artículo 80.5 CP, faculta al Juez o Tribunal para ordenar la realización de las comprobaciones necesarias para verificar el cumplimiento de los anteriores requisitos, es decir, elimina la obligatoriedad del informe forense para decidir sobre la suspensión. No obstante, entiendo que por la propia naturaleza de la figura del médico forense (art. 479 LOPJ), será conveniente su informe a la hora de valorar la concurrencia de los requisitos necesarios para la concesión de la suspensión de la pena privativa de libertad por causa de la dependencia del penado a estas sustancias.

En el caso de que el condenado se halle sometido a tratamiento de deshabitación, también se condicionará la suspensión de la ejecución de la pena a que no abandone el tratamiento hasta su finalización. Como hemos adelantado, conforme a la nueva regulación no se entenderán abandono las recaídas en el tratamiento si estas no evidencian un abandono definitivo del tratamiento de deshabitación.

El plazo de suspensión tanto en la legislación actual como en la nueva regulación será de tres a cinco años (actual art. 87.3 y nuevo artículo 81.2 CP).

Para acordar la remisión de la pena, deberá acreditarse la deshabitación del sujeto o la continuidad del tratamiento. De lo contrario, el Juez o Tribunal ordenará el cumplimiento de la pena suspendida, salvo que, oídos los informes correspondientes, estime necesaria la continuación del tratamiento; en tal caso podrá conceder razonadamente una prórroga del plazo de suspensión por tiempo no superior a dos años (nuevo art. 87.2).

d) Suspensión por petición de indulto

Establece el art. 4.4 del Código Penal (precepto no afectado por la reforma de 2015):

“Si mediara petición de indulto, y el Juez o Tribunal hubiera apreciado en resolución fundada que por el cumplimiento de la pena puede resultar vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, suspenderá la ejecución de la misma en tanto no se resuelva sobre la petición formulada.

También podrá el Juez o Tribunal suspender la ejecución de la pena, mientras no se resuelva sobre el indulto cuando, de ser ejecutada la sentencia, la finalidad de éste pudiera resultar ilusoria”.

Formulada por el Tribunal la propuesta de indulto o una vez éste tenga conocimiento de la presentación de la solicitud por parte del penado o del Ministerio Fiscal, deberá proceder a oír a las partes acerca de la conveniencia de acordar la suspensión de la pena impuesta hasta tanto se concluye el expediente, resolviéndose finalmente el incidente por auto.

11. La sustitución por expulsión del territorio nacional

La LO 1/2015 ha suprimido el artículo 88 actual que regula el régimen ordinario de la sustitución de las penas privativas de libertad, y también ha modificado la regulación de la sustitución de la ejecución de la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional, único supuesto que se mantiene como tal, ya que la sustitución por multa o trabajos en beneficio de la comunidad ahora se configuran como condiciones de la suspensión de la pena.

La nueva regulación ajusta el límite de la pena a partir del cual podrá acordarse la expulsión a la regulación contenida en la legislación de extranjería. Los jueces y tribunales deberán establecer en todo caso, qué parte de la pena impuesta debe ser cumplida efectivamente en prisión, cuando se hayan impuesto penas de más de tres años.

La sustitución por expulsión se condiciona en todos los casos a la proporcionalidad de la medida.

El actual art. 89.1 del Código Penal conforme a redacción dada por LO 5/2010, de 22 de junio establece que las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el Juez o Tribunal, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las partes personadas, de forma motivada, aprecie razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España, y que también podrá acordarse la expulsión en auto motivado posterior, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las demás partes personadas.

El nuevo artículo 89 CP determina el límite mínimo de un año de la pena de prisión para poder acordar la sustitución por expulsión. Este precepto determina en su apartado 1 que las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero serán sustituidas por su expulsión del territorio español. Excepcionalmente, cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la

confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito, el juez o tribunal podrá acordar la ejecución de una parte de la pena que no podrá ser superior a dos tercios de su extensión, y la sustitución del resto por la expulsión del penado del territorio español. En todo caso, se sustituirá el resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español cuando aquél acceda al tercer grado o le sea concedida la libertad condicional.

El apartado segundo establece que cuando hubiera sido impuesta una pena de más de cinco años de prisión, o varias penas que excedieran de esa duración, el juez o tribunal acordará la ejecución de todo o parte de la pena, en la medida en que resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito. En estos casos, se sustituirá la ejecución del resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español, cuando el penado cumpla la parte de la pena que se hubiera determinado, acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional.

No procederá la sustitución cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada (nuevo artículo 88.4, primer párrafo).

El Tribunal Supremo, ya en Sentencia de 8 de julio de 2004 refirió que “para lograr la adecuada ponderación y la salvaguarda de derechos fundamentales, superiores, en principio, al orden público o a una determinada política criminal”, parece imprescindible, en primer lugar, ampliar la excepción de la expulsión, incluyendo un estudio de las **concretas circunstancias del penado**, arraigo y situación familiar, fundamentalmente, “para lo que resulta imprescindible el trámite de **audiencia al penado** y la **motivación** de la decisión”.

La Circular 2/2006 de la Fiscalía General del Estado, refiere cuando puede entenderse que un extranjero se encuentra irregularmente en España:

1º) Permanencia irregular originaria, que comprendería los supuestos de entrada ilegal consumada. Los artículos 25 a 27 de la LE regulan las condiciones de entrada legal en España. En este punto deben tenerse en cuenta los supuestos en los que conforme al artículo 45 del RE cabe otorgar autorizaciones de residencia temporal por circunstancias excepcionales.

2º) Permanencia irregular sobrevenida por no obtención de prórroga de estancia, conforme a los artículos 30 de la LE y 29 y 30 del RE.

3º) Permanencia irregular sobrevenida por caducidad de documentos que autorizaban la residencia, sin haber solicitado la renovación en el plazo reglamentario.

Por lo que respecta a los ciudadanos nacionales de países integrados en la Unión Europea, algunas Audiencias Provinciales (v.gr Acuerdo no Jurisdiccional de 29 de mayo 2004 de la Audiencia Provincial de Madrid) entienden que los ciudadanos comunitarios, es decir, los nacionales de un estado perteneciente a la Unión Europea, debido al espacio común europeo y al principio de libre circulación por todos los países de la Unión Europea, no son equiparables a un extranjero no residente legalmente en España, sino que se equiparan más bien a los extranjeros residentes legalmente en España, sin perjuicio de que puedan solicitar el cumplimiento de la pena en el país del que son nacionales. Según este criterio, por lo tanto, nunca resultarían de aplicación las prevenciones contenidas en el artículo 89 del CP a los extranjeros que sean nacionales de un país perteneciente a la Unión Europea (sin perjuicio de su posible expulsión administrativa conforme a las disposiciones de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social).

La nueva regulación, en atención a los criterios recogidos en la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la UE y de los miembros de las familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, así como en la Jurisprudencia del TJUE, aborda expresamente la cuestión limitando a determinados supuestos, de manera que a expulsión de un ciudadano de la Unión Europea solamente procederá cuando represente una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública en atención a la naturaleza, circunstancias y gravedad del delito cometido, sus antecedentes y circunstancias personales.

Así mismo, en el caso de un ciudadano de la Unión Europea, si éste hubiera residido en España durante los diez años anteriores, procederá la expulsión cuando además:

a) Hubiera sido condenado por uno o más delitos contra la vida, libertad, integridad física y libertad e indemnidad sexuales castigados con pena máxima de prisión de más de cinco años y se aprecie fundadamente un riesgo grave de que pueda cometer delitos de la misma naturaleza.

b) Hubiera sido condenado por uno o más delitos de terrorismo u otros delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal.

En estos supuestos será en todo caso de aplicación lo dispuesto en el apartado 2 del nuevo artículo 89 CP.

El actual art. 89.1 CP establece que la expulsión podrá acordarse tanto en sentencia como en ejecución de sentencia, lo que determina que la mayoría de la jurisprudencia sostenga que la sustitución por expulsión puede acordarse incluso cuando la condición de residente ilegal se refute durante la fase de ejecución de condena, aunque no la tuviese al momento de cometer los hechos o al momento de dictarse sentencia. La nueva regulación establece que el Juez o Tribunal resolverá en sentencia sobre la sustitución de la ejecución de la pena siempre que ello resulte posible. En los demás casos, una vez declarada la firmeza de la sentencia, se pronunciará con la mayor urgencia, previa audiencia al Fiscal y a las demás partes, sobre la concesión o no de la sustitución de la ejecución de la pena (nuevo art. 89.3), por lo que entendemos siguen resultando aplicables las anteriores consideraciones jurisprudenciales.

En aquellos supuestos en los que hubiera de procederse a la expulsión del condenado extranjero, no habrá lugar, evidentemente, a materializar la misma hasta tanto la sentencia en la que se acuerde no alcance firmeza. De conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 17ª de la L.O. 19/2003, de 23 de diciembre, por la que se modificaba la LOPJ, “Los órganos jurisdiccionales comunicarán a la autoridad gubernativa las sentencias en las que acuerden la sustitución de las penas privativas de libertad impuestas o de las medidas de seguridad que sean aplicables a los extranjeros no residentes legalmente en España por la expulsión de los mismos del territorio nacional. En estos casos, la sentencia que acuerde la sustitución dispondrá la ejecución de la pena privativa de libertad (o medida de seguridad) originariamente impuesta hasta tanto la autoridad administrativa proceda a materializar la expulsión. A estos efectos, la autoridad gubernativa deberá hacer efectiva la expulsión en el plazo más breve posible y, en todo caso, dentro de los treinta días siguientes, salvo causa justificada que lo impida, que deberá ser comunicada a la autoridad judicial”.

Ejecutada la medida de expulsión, como es lógico, la expulsión llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España (actual art. 89.3 y nuevo art. 88.6). Y debe tenerse en

cuenta, además, que la prohibición de regreso a España queda ampliada a todo el territorio europeo donde se aplica el **Convenio Schengen**.

Por otra parte, el extranjero no podrá regresar a España en un plazo de cinco a diez años, contados desde la fecha de su expulsión, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado (actual art. 89.2 y nuevo art. 89.5).

La expulsión llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España (actual art. 89.3 y nuevo art. 89.6).

Conforme a la actual regulación si el extranjero expulsado regresara a España antes de transcurrir el período de tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas, esta misma solución se mantiene tras la reforma de 2015, que sin embargo, añade en el nuevo artículo 89.7 una excepción a lo anterior, al determinar con carácter general el cumplimiento de la pena sustituida, salvo que, excepcionalmente, el Juez o Tribunal, reduzca su duración cuando su cumplimiento resulte innecesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la norma jurídica infringida por el delito, en atención al tiempo transcurrido desde la expulsión y las circunstancias en las que se haya producido su incumplimiento. No obstante, si el expulsado fuera sorprendido en la frontera, será expulsado directamente por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.

Cuando, al acordarse la expulsión en cualquiera de los supuestos previstos en este artículo, el extranjero no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, el Juez o Tribunal podrá acordar, con el fin de asegurar la expulsión, su ingreso en un Centro de Internamiento de Extranjeros, en los términos y con los límites y garantías previstos en la ley para la expulsión gubernativa (nuevo art. 88.8, primer párrafo).

En todo caso, si acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá a la ejecución de la pena originariamente impuesta o del período de condena pendiente, o a la aplicación, en su caso, de la suspensión de la ejecución de la misma (nuevo art. 88.8, segundo párrafo). Las razones de esa imposibilidad pueden obedecer a diferentes causas determinantes de la imposibilidad definitiva, apreciada por el órgano jurisdiccional, de que la

administración gubernativa pueda ejecutar o materializar la expulsión del territorio nacional en un plazo razonable, ya sea porque como es frecuente, se desconozca la nacionalidad del condenado o el país extranjero no lo reconozca como nacional o no acepte a sus propios nacionales, porque obtenga la condición de asilado, etc.

Los supuestos en que no será de aplicación la sustitución de la pena de prisión por expulsión se amplían en la LO 1/2015 al delito al que se refiere el artículo 177 bis CP (trata de seres humanos), y se mantienen el resto de delitos ya introducidos en la regulación actual, referida a los artículos 312, 313 y 318 bis.

* * * * *

Sacramento Ruiz Bosch

Juez Sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia.
Socia de la FICP.

~Análisis jurídico de la querella en el sistema procesal penal español~

I. INTRODUCCIÓN

El proceso penal se inicia como consecuencia de la realización ante el órgano jurisdiccional de cualquiera de los actos que la ley establece al efecto, cuales son: la denuncia, la querella, y excepcionalmente, la iniciación de oficio por el Juez competente.¹

En el Derecho romano no existía una clara diferenciación entre el ámbito civil y el penal, por ello todo procedimiento dependía del ejercicio de una acción por parte del particular; posteriormente, se consideró que en la persecución de los delitos existe un interés público, de la colectividad, y se da el paso de un enjuiciamiento basado en el principio de oficialidad, es decir, se pasa a un sistema en el que la persecución penal corresponde al Estado. En el procedimiento penal actual, como regla general, rige el principio de oficialidad, aunque también rige el principio de privatización, por ejemplo, en el enjuiciamiento de los denominados delitos privados.²

La acusación por alguna de las partes debe realizarse mediante denuncia o querella (STS de 7 de octubre de 1963) presentada ante Juez competente con anterioridad al comienzo del pleito (SSTS de 24 de enero y 2 de diciembre de 1958), cumpliendo las formalidades legales.

Y equiparado a la denuncia se encuentra en el actual sistema procesal español el atestado policial.³ Pues dispone el artículo 297 LECrim que los atestados policiales y las manifestaciones de los funcionarios de la Policía Judicial se considera denuncias para los efectos legales.⁴

II. CONCEPTO DE QUERELLA

Mientras que la denuncia es la declaración de conocimiento por la que se da noticia al órgano judicial de haberse cometido un hecho delictivo (arts. 259 a 269

¹ ASECIO MELLADO, Derecho Procesal Penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 129.

² LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Tratado de Derecho Procesal Penal, Aranzadi, Pamplona, 2010, p. 123.

³ JIMÉNEZ CONDE/PÉREZ MORALES, Manual de Derecho Procesal Penal. Esquemas y lecciones, Diego Marín, Murcia, 2014, p. 60.

⁴ ASECIO MELLADO, Derecho, 2012, p. 284.

LECrim), la querrela es la declaración de voluntad ante el tribunal competente por la que, además de poner en conocimiento la *notitia criminis*, el sujeto que la presenta ejercita la acción penal y se constituye en parte acusadora (arts. 270 a 281 LECrim).⁵

La denuncia es, por tanto, un acto de información acerca de la comisión de un delito. Es la denuncia una declaración de conocimiento porque el denunciante únicamente informa sobre los hechos, y no tiene obligación de aportar prueba que los acredite, obligación ni de asumir la posición de parte acusadora en el proceso que pueda incoarse con motivo de la denuncia, a diferencia de la querrela, en la que sí se asume esta obligación.⁶

Dice GIMENO SENDRA que la querrela, a diferencia de la denuncia, constituye un acto de ejercicio de la acción penal mediante el cual el querellante asume la cualidad de parte acusadora a lo largo del procedimiento. La querrela es un acto procesal de postulación mediante el cual se solicita del órgano jurisdiccional competente la iniciación del procedimiento y la adquisición por el querellante de la cualidad de parte acusadora.⁷

La querrela es pues, el acto procesal consistente tanto en una declaración de conocimiento dirigida al órgano jurisdiccional competente por la cual el sujeto de la misma le comunica la noticia de un hecho que reviste caracteres de delito, como una manifestación de voluntad de constituirse como parte acusadora en el proceso cuyo inicio, contra una o varias personas determinadas o determinables, se solicita.⁸

Para el Tribunal Supremo la querrela es un acto procesal por el que quien desea constituirse en parte acusadora ejercita la acción penal, lo que implica un acto de imputación de un hecho determinado que ofrezca en su integridad los caracteres de un específico delito, para cuya averiguación deba procederse a la incoación de un proceso penal (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Auto de 10 Mar. 2006, rec.

⁵ JIMÉNEZ CONDE/ PÉREZ MORALES, M. G., Manual de Derecho Procesal Pena, 2014, p. 60.

⁶ ZARZALEJOS NIETO, La Instrucción: inicio y diligencias de investigación, en: BANACLOCHE PALAO/ZARZALEJOS NIETO, Aspectos Fundamentales de Derecho Procesal Penal, La Ley, Madrid, 2010, p. 132.

⁷ GIMENO SENDRA, Manual de Derecho Procesal Penal, Colex, Madrid, 2010, p. 164.

⁸ GIMENO SENDRA, en: [GIMENO SENDRA/ DÍAZ MARTÍNEZ/ MORENO CATENA/ CORTÉS DOMÍNGUEZ](#), Lecciones de Derecho Procesal Penal, Colex, Madrid, 2003, p. 150.

122/2005).⁹ Por lo tanto, la querrela se fundamenta en una declaración de voluntad del querellante por la que éste se afirma en la acción penal.¹⁰

III. CLASES

ASENCIO MELLADO considera que, al estar reconocida en España la acción popular, pueden ser objeto de querrela todos los delitos (públicos, privados o semipúblicos), pudiendo interponerse la querrela en cada caso por quienes poseen legitimación para ello.

Aunque el sistema procesal español adjudica la función de promover la acción penal al Ministerio Fiscal, sin embargo no le ha atribuido ésta en régimen de monopolio, sino que puede compartir la actividad acusatoria con otros sujetos, e incluso existen procesos penales donde el acusador público no interviene, y procesos penales en los que, aún interviniendo, el Ministerio Fiscal no mantiene la posición acusatoria.¹¹

GIMENO SENDRA clasifica las querellas en públicas y privadas.

1. La querrela pública o acción popular.

La acción penal popular se constitucionalizó junto al Jurado en el artículo 125 de la Constitución española de 1978.

La querrela pública o acción popular es la que al amparo del artículo 101 LECrim puede deducirse por cualquier ciudadano no ofendido por el delito.¹² En virtud de este precepto puede ejercitar la acción penal el Ministerio Fiscal, el perjudicado por el delito, y todo ciudadano español que la ejercite conforme a la ley, y es a este sujeto español no directamente ofendido o perjudicado por el delito a quien se denomina acusador popular.¹³

La acción popular pretende el mero restablecimiento del ordenamiento jurídico perturbado por la comisión del delito, y asiste a todo ciudadano español capaz que no haya sido ofendido por el delito y al Ministerio Fiscal.¹⁴ Quien ejercita la acción

⁹ MAGRO SERVET, El pronunciamiento judicial de la inadmisión de las querellas y su reflejo jurisprudencial, La Ley Penal, Nº 62, Sección Práctica penal, Julio 2009, p. 103. La Ley, p. 5.

¹⁰ ZARZALEJOS NIETO, en: BANACLOCHE PALAO/ZARZALEJOS NIETO, Aspectos Fundamentales, 2010, p. 134.

¹¹ FERREIRO BAHAMONDE, Las partes en el proceso penal el acusador particular, perjudicado y acción popular, en: PÉREZ-CRUZ MARTÍN/FERREIRO BAAMONDE/PIÑOL RODRÍGUEZ/SEOANE SPIELBERG, Derecho Procesal Penal, Civitas, 2010, p. 126.

¹² GIMENO SENDRA, Manual de Derecho, 2010, p.164.

¹³ ARMENTA DEU, Lecciones de Derecho Procesal Penal, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 85.

¹⁴ GIMENO SENDRA, Manual de Derecho, Madrid, 2010, p.164.

popular no pretende la defensa de derechos e intereses legítimos en su esfera personal, sino que persigue preservar intereses de la colectividad social en su conjunto.¹⁵

No obstante, y aunque el acusador popular debe comparecer en la causa interponiendo querrela cuando pretenda ejercitar una calificación jurídica de los hechos de carácter autónomo, la interposición de querrela no es necesaria si sólo pretende coadyuvar o adherirse a las calificaciones formuladas por otras acusaciones.¹⁶

Por la peculiar estructura de la acción popular, está excluido su ejercicio en los supuestos de delitos privados y semiprivados.¹⁷

El Tribunal Constitucional ha declarado que la acción popular tiene los siguientes caracteres de nuestro derecho:

- a) Es un derecho fundamental, derivado de su reconocimiento constitucional.
- b) Es un derecho cívico porque pertenece a los españoles como personas físicas, así como a las personas jurídicas, extremo o ampliación que si en tiempos pretéritos fue cuestionado, hoy es admitido sin reservas - sentencia del Tribunal Constitucional 241/92 y de esta Sala en sentencia de 4 de Marzo de 1.995 entre otras-.
- c) Es un derecho activo porque mediante ella, los ciudadanos pasan a ejercitar en paridad de armas con el Ministerio Fiscal, una función pública cual es la de la acusación.
- d) Tal ejercicio lo es en forma de querrela y con prestación de fianza.

2. **La querrela privada.**

La querrela privada es la que puede plantear el ofendido por el delito, y por tanto titular del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocida en el artículo 24.1 de la Constitución.¹⁸

En los procesos por delitos privados no rigen los caracteres generales del proceso penal, sino que por el contrario, en ellos la acusación en privada y se aplican los principios dispositivos y de aportación de parte, a semejanza del proceso civil.¹⁹

¹⁵ ARMENTA DEU, Lecciones, 2007, p. 86.

¹⁶ ARMENTA DEU, Lecciones, 2007, p. 87.

¹⁷ ARMENTA DEU, Lecciones, 2007, p. 87.

¹⁸ GIMENO SENDRA, Manual de Derecho, 2010, p.164.

A su vez, GIMENO SENDRA subdivide las querellas privadas en dos tipos: las querellas privadas exclusivas y las querellas privadas relativas, según se ejercite la acción penal privada exclusiva o la acción penal privada relativa.

a) *La querella privada exclusiva o absoluta.*

La acción penal privada exclusiva o absoluta surge de la comisión de un delito privado y se caracteriza porque el ofendido goza del más absoluto poder de disposición tanto de la acción penal como de la pretensión punitiva.²⁰

Los únicos delitos privados del actual Código Penal son la injuria y la calumnia cuando se dirijan contra particulares (art. 215.1 CP.).²¹

En estos casos, conforme al artículo 104 LECrim, la legitimación activa corresponde exclusivamente al ofendido por el delito, prescripción que se corrobora con el hecho de que la ley prohíbe al Ministerio Fiscal el ejercicio de la acción penal en aquellos delitos que el Código Penal reserva exclusivamente a la querella privada. Por ello el Ministerio Fiscal no es parte en este tipo de procesos. La forma de ejercicio de esta acción necesariamente deberá revestir la forma de querella.²²

Partiendo de lo anterior, el acusador privado en nuestro ordenamiento jurídico es la parte acusadora necesaria en los procesos penales por delitos privados con exclusión de cualquier otro acusador, y que actuará, previa interposición de querella o de la obtención, cuando se trate de calumnias o injurias vertidas en juicio, de la correspondiente licencia o autorización del Tribunal que conoció del mismo.²³

b) *La querella privada relativa o no exclusiva.*

Por su parte, la acción penal privada relativa o no exclusiva es la que surge de la comisión de un delito semipúblico, en cuyo caso el poder de disposición del ofendido sobre el objeto procesal se limita exclusivamente al ejercicio de la acción penal, pues al igual que en los delitos privados, sigue siendo el dueño absoluto de la incoación del proceso. Pero una vez instaurado el proceso, no goza el ofendido de la disponibilidad de la pretensión penal, toda vez que el Ministerio Fiscal está legitimado para sostenerla,

¹⁹ FERREIRO BAHAMONDE, en: PÉREZ-CRUZ MARTÍN/FERREIRO BAAMONDE/PIÑOL RODRÍGUEZ/SEOANE SPIELBERG, Derecho Procesal Penal, 2010, p. 134.

²⁰ GIMENO SENDRA, Manual de Derecho, 2010, pp. 121- 122 y 164.

²¹ FERREIRO BAHAMONDE, en: PÉREZ-CRUZ MARTÍN/FERREIRO BAAMONDE/PIÑOL RODRÍGUEZ/SEOANE SPIELBERG, Derecho Procesal Penal, 2010, p. 134.

²² GIMENO SENDRA, Manual de Derecho, 2010, pp. 121- 122 y 164.

²³ FERREIRO BAHAMONDE, en: PÉREZ-CRUZ MARTÍN/FERREIRO BAAMONDE/PIÑOL RODRÍGUEZ/SEOANE SPIELBERG, Derecho Procesal Penal, 2010, p. 134.

aun cuando en determinados delitos semipúblicos el perjudicado esté autorizado a ejercitar el perdón y ocasionar su finalización anormal mediante resolución absolutoria.

24

IV. PRESUPUESTOS DE LA QUERRELLA

1. Capacidad.

Tienen capacidad para querellarse las personas físicas, las personas jurídicas y también el Ministerio Fiscal.

a) *Personas físicas.*

1) *Personas físicas no ofendidas por el delito.*

Las personas físicas gozan de capacidad para interponer querrela siempre y cuando no estén incurso en los supuestos de incapacidad absoluta previstos en el número 1º del artículo 102 LECrim, o en los de incapacidad relativa, integrados por el resto de supuestos del artículo 102 LECrim y por los del artículo 103 LECrim.²⁵

Estos preceptos restringen el uso de la acción popular negando la posibilidad del ejercicio de la acción popular a quien se encuentre en los siguientes casos:

a.- El que no goce de la plenitud de los derechos civiles con arreglo a la legislación civil.

Respecto de este primer apartado del artículo 102 LECrim, destaca PUENTE SEGURA que no se contempla el problema de la falta de capacidad de obrar, que requeriría la intervención de los representantes legales, sino que viene a limitarse respecto de estas personas la posibilidad de ejercitar acciones penales fuera de los casos expresamente permitidos en los que, obviamente, deberán actuar a través de sus representantes legales.²⁶

b.- El que hubiere sido condenado dos veces por sentencia firme como autor del delito de denuncia o querrela calumniosa.

c.- Los jueces y magistrados.

²⁴ GIMENO SENDRA, Manual de Derecho, 2010, pp. 121- 122 y 164.

²⁵ ASENSIO MELLADO, Derecho, 2012, p. 132.

²⁶ PUENTE SEGURA, L., en: GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/PAZ RUBIO, J.M., PUENTE SEGURA/RODRÍGUEZ RAMOS, Ley de Enjuiciamiento Criminal y Ley del Jurado. Jurisprudencia, concordancias y comentarios a los procedimientos ordinario, abreviado y Ley del Jurado, 19ª edición, Colex, Madrid, 2012, p. 87.

d.- Los cónyuges entre sí, salvo por los delitos cometidos contra los hijos.

e.- Y entre sí los ascendientes, descendientes y hermanos consanguíneos o uterinos o afines.²⁷

Pero es importante diferenciar esta limitación para el ejercicio de la acción penal de la posibilidad e incluso el deber de denunciar los posibles ilícitos penales de que pudieran tener conocimiento.²⁸

Para ARMENTA DEU, existen dos excepciones a las reglas negativas del artículo 102 LECrim:

a.- Todos los excluidos por el precepto, es decir, los que no gocen de la plenitud de los derechos civiles con arreglo a la legislación civil, los que hubieren sido condenados dos veces por sentencia firme como autores del delito de denuncia o querrela calumniosa y los jueces y magistrado podrán, sin embargo, ejercitar la acción penal ante delitos cometidos contra sus personas o contra las personas o bienes de sus cónyuges, ascendientes, descendientes, hermanos consanguíneos o uterinos y afines. Y en estos casos, quienes no estén en pleno uso de sus derechos civiles podrán ser parte supliendo su incapacidad el representante legal.

b.- Los que no gocen de la plenitud de los derechos civiles con arreglo a la legislación civil, y los que hubieren sido condenados dos veces por sentencia firme como autores del delito de denuncia o querrela calumniosa, podrán además, ejercitar la acción penal por delitos cometidos contra la persona o bienes de los que estuvieren bajo su guarda legal.²⁹

2) *Personas físicas ofendidas por el delito.*

Las personas físicas ofendidas por el delito, podrán plantear querrela incluso en los supuestos comprendidos en el artículo 102 LECrim. Es decir, cuando se trate de ofendidos por el delito, también podrán presentar querrela aquellos que no gocen de la

²⁷ ARMENTA DEU, Lecciones, 2007, pp. 86-87.

²⁸ PUENTE SEGURA, en: GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/PAZ RUBIO, J.M., PUENTE SEGURA/RODRÍGUEZ RAMOS, Ley de Enjuiciamiento Criminal, 19ª, 2012, p. 87

²⁹ Que hubiere sido condenado dos veces por sentencia firme como autor del delito de denuncia o querrela calumniosa

plenitud de los derechos civiles, los que hubieran sido condenados dos veces por sentencia firme o denuncia o querrela calumniosa, y los jueces y magistrados.³⁰

A los ofendidos por el delito se les permite ejercitar la acción penal a través de querrela y constituirse en parte acusadora, aunque no puedan ser actores populares. Y lo mismo sucede respecto a los extranjeros, que sí pueden querellare para actuar como acusación particular o privada, pero no como acusadores populares.³¹

b) *Personas jurídicas.*

Las personas jurídicas pueden interponer querrela tanto si son ofendidas por el delito, como si ejercitan la llamada acción popular.³²

Sobre esta última posibilidad, durante cierto tiempo resultó dudoso que las personas jurídicas pudiesen ejercitar la acusación popular. Finalmente, la tesis afirmativa encontró respaldo en la interpretación amplia del término “ciudadano” que contiene el artículo 125 CE., y en sentido se pronunciaron las Sentencias del Tribunal Constitucional nº 241/1992 y nº 147/1985.³³

c) *El Ministerio Fiscal.*

El artículo 271 LECrim dispone que el Ministerio Fiscal ejercitará en forma de querrela las acciones penales en los casos en que estuviere obligado en virtud de lo dispuesto en el artículo 105 de la misma norma, precepto que impone al Ministerio Fiscal la obligación de ejercitar las acciones penales que considere procedentes, haya o no acusador particular en las causas, menos en aquellos casos reservados por el Código Penal de forma exclusiva a la querrela privada.

El ejercicio de la acción penal habrá de efectuarla, pues, el Ministerio Fiscal mediante la interposición de escrito de querrela, si bien, la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1897 hizo decaer la exigibilidad de dicho requisito al facultar al Ministerio Fiscal a deducir denuncia, como cualquier otro ciudadano, por lo que, incoado el procedimiento, el Ministerio Fiscal se constituye en parte como cualquier ciudadano por la vía del artículo 308 LECrim, y por otra parte, el Estatuto Orgánico del

³⁰ MARTÍN RIOS, Reparación, tutela e intervención de la víctima en el proceso penal, Atelier, Barcelona, 2012, p. 92.

³¹ MARTÍN RIOS, Reparación, 2012, p. 92.

³² ASENSIO MELLADO, Derecho, 2012, p. 132.

³³ ARMENTA DEU, Lecciones, 2007, p. 86.

Ministerio Fiscal le faculta expresamente para formular la oportuna denuncia o querrela.³⁴

Sin perjuicio de lo anterior, el Ministerio Fiscal habrá de formalizar querrela en los delitos contra la libertad sexual y en los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social.

No obstante, en los delitos contra la libertad sexual, cuando la víctima sea una persona menor de edad, incapaz o desvalida, bastará con la denuncia del Ministerio Fiscal.³⁵

2. Legitimación.

Salvo excepciones, como regla general la denuncia es un deber jurídico, en tanto que la querrela es un derecho de todos los españoles, ofendidos o no, y de los extranjeros que hayan sido ofendidos o víctimas del delito, y para el Ministerio Fiscal es un deber.³⁶

Señalaba la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2007 que “la legitimación implica un nexo del sujeto con el objeto o con el imputado o acusado, que es precisamente lo que le confiere el derecho a ejercitar la acción en el proceso de que se trate. Concurriendo esta relación el sujeto se incorpora al proceso en las mismas condiciones que el Ministerio Fiscal, es decir, la legitimación no delimita por sí misma el alcance del ejercicio de la acción penal sino que justifica la posición de litisconsorte del acusador”.

En lo relativo a la legitimación para interponer querrela, debe distinguirse entre la querrela pública y la privada.

Para el ejercicio de la querrela pública está legitimado todo el que cuente con capacidad,³⁷ pues en la acción popular se confunden capacidad y legitimación.³⁸

El art. 270 de la LECrim permite a los ciudadanos sean o no ofendidos por el delito ejercitar la acción popular mediante querrela al tener la acción penal carácter público (art. 101 de la LECrim, 125 de la C. E. y 19 de la LOPJ).³⁹

³⁴ GIMENO SENDRA, Manual de Derecho, 2010, pp. 165-166.

³⁵ MUÑOZ CONDE, Derecho Penal. Parte Especial, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 250.

³⁶ JIMÉNEZ CONDE/PÉREZ MORALES, Manual de Derecho Procesal Penal, 2014, p. 61.

³⁷ MARTÍN RIOS, Reparación, 2012, pp. 92-93.

³⁸ GIMENO SENDRA, Manual de Derecho, 2010, p. 166.

³⁹ MAGRO SERVET, El pronunciamiento judicial, La Ley Penal, Nº 62, 2009, p. 2.

Para la querrela privada sólo estará legitimado quien haya resultado ofendido por el delito.⁴⁰ Es decir, la querrela privada requiere la acreditación de la condición de ofendido por el delito.⁴¹ Y ello tanto si se actúa como acusación particular como si se ejercita la acusación privada (ésta última procede en los denominados delitos privados: calumnias e injurias).

3. Postulación.

La querrela se presentará siempre por medio de Procurador con poder bastante y suscrita por letrado (art. 277 LECrim).

Tres son pues, los requisitos de postulación que habrá de observar el querellante:

a.- Poder de representación procesal.

El apoderamiento exigido por el artículo 277 LECrim es un “poder especialísimo”, en el que no basta la simple calificación del Notario de “poder especial”. El poder especialísimo ha sido definido por la doctrina científica como el otorgado después del acaecimiento del hecho delictivo, en el que se autoriza expresamente al Procurador para presentar querrela precisamente por ese hecho (STS de 14 de marzo de 2003).⁴²

b.- Firma de abogado.

c.- o en su caso, ratificación del querellante cuando el Procurador no tuviera poder especial para formular querrela.⁴³

4. Órgano receptor de la querrela.

En todo caso, por indicación del artículo 272 LECrim, la querrela ha de deducirse ante el Juez de Instrucción competente.⁴⁴

Mientras que la denuncia puede presentarse ante cualquier autoridad judicial, funcionario del Ministerio Fiscal o de la Policía Judicial, la querrela ha de presentarse ante el órgano jurisdiccional competente.⁴⁵

⁴⁰ MARTÍN RIOS, Reparación, 2012, pp. 92-93.

⁴¹ ASECIO MELLADO, Derecho, 2012, p. 133.

⁴² URIARTE VALIENTE/ FARTO PIAY, El proceso penal español: jurisprudencia sistematizada, Manuales Profesionales La Ley, La Ley, Madrid, 2007, p. 73.

⁴³ GIMENO SENDRA, Manual de Derecho, 2010, p. 167.

⁴⁴ ASECIO MELLADO, Derecho, 2012, p. 133.

⁴⁵ JIMÉNEZ CONDE/PÉREZ MORALES, Manual de Derecho Procesal Penal, 2014, p. 60.

Así pues, la querrela ha de interponerse exclusivamente ante el Juez de Instrucción competente, a excepción de que el querrellado o alguno de ellos esté aforado ante un Tribunal superior.⁴⁶ Así, si el querrellado estuviese sometido, por disposición especial de la Ley, a determinado Tribunal, la querrela deberá interponerse ante éste, y lo mismo se hará cuando fueren varios los querrellados por un mismo delito, o por dos o más conexos, y alguno de aquellos estuviese sometido excepcionalmente a un Tribunal que no fuere el llamado a conocer por regla general del delito. En estos casos, por tanto, habrán de tenerse en cuenta las normas especiales contenidas en la Constitución Española de 1978 y en otras leyes especiales sobre fueros especiales de diversas personas, a efectos de determinar ante qué órgano jurisdiccional se presentará la querrela.⁴⁷

Como excepción a lo dispuesto en el artículo 272 LECrim y para evitar que la querrela, dados los requisitos formales para interponerla, pudiera hacer ilusorio su ejercicio si no se adoptasen medidas preventivas de aseguramiento, el artículo 273 LECrim permite acudir al Juez de Instrucción o a cualquier funcionario de la Policía Judicial para que se practiquen las primeras diligencias en los casos de delitos in fraganti que no dejen señales permanentes de su perpetración o en los que fuera de temer la ocultación o fuga del culpable.⁴⁸

Según la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 341/1993, de 12 de noviembre, que declaró la inconstitucionalidad de algunos preceptos de la LO 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, la flagrancia delictiva es una situación fáctica en que el delincuente es sorprendido, visto directamente o percibido de otro modo, en el momento de delinquir o en circunstancias inmediatas a la perpetración del ilícito. Según esta resolución son notas características de la flagrancia que la comisión del delito a) se perciba con evidencia, y b) que sea inexcusable una inmediata intervención.

⁴⁶ ZARZALEJOS NIETO, en: BANACLOCHE PALAO/ZARZALEJOS NIETO, Aspectos Fundamentales, 2010, p. 134.

⁴⁷ PAZ RUBIO, en: GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/ PAZ RUBIO/PUENTE SEGURA/ RODRÍGUEZ RAMOS, Ley de Enjuiciamiento Criminal y Ley del Jurado. Jurisprudencia, concordancias y comentarios a los procedimientos ordinario, abreviado y Ley del Jurado, 19ª edición, Cóllex, Madrid, 2012, p. 195.

⁴⁸ PAZ RUBIO, J. M., en: GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/ PAZ RUBIO/PUENTE SEGURA/ RODRÍGUEZ RAMOS, Ley de Enjuiciamiento Criminal, 19ª, 2012, p. 197.

V. REQUISITOS DE LA QUERELLA

1. Requisitos formales.

Como requisitos formales, el artículo 277 LECrim requiere que la querella se realice por escrito, que se identifique al Juez o Tribunal ante el que se presente, el nombre, apellidos y vecindad del querellante, el nombre, apellidos y vecindad del querellado, y en el caso de ignorarse estas circunstancias, se deberá hacer la designación del querellado por las señas que mejor pudieran darle a conocer.

Así pues, la querella siempre ha de plantearse por escrito.⁴⁹

Pero los ofendidos por el delito pueden alcanzar la condición de parte sin haber deducido querella si se muestran en tal condición en el trámite de ofrecimiento de acciones, lo que se efectuará mediante comparecencia.⁵⁰ En este sentido recuerdan URIARTE VALIENTE y FARTO PIAY, con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1992, que tratándose de un delito público, parece que el legislador ha olvidado de que no ha limitado la acción popular al derecho de pedir la incoación del proceso penal mediante querella, sino que ha permitido ejercitarla en las causas ya iniciadas personándose en los términos prevenidos en el artículo 110 LECrim, es decir, mostrándose parte mediante adhesión en nombre de la ciudadanía a un proceso pendiente, sin dejar condicionada la eficacia de la acción penal en estos casos a la formulación de querella.⁵¹

2. Requisitos materiales.

Entre los requisitos materiales de la querella podemos incluir las siguientes identificaciones:

1ª.- La relación circunstanciada del hecho, con expresión del lugar, año, mes, día y hora en que se ejecute, si se supieren.

Así pues, se requiere del órgano llamado a conocer de los hechos realice una valoración inicial de los mismos, para dilucidar, *prima facie* y en esa inicial apreciación, si tales hechos ofrecen caracteres por los que merezcan ser tenidos como posiblemente constitutivos de delito. No se trata de una exigencia caprichosa, ni de una mera formalidad, ni basta para cumplirlo con una imputación genérica, ni tampoco la

⁴⁹ ASENSIO MELLADO, Derecho, 2012, p. 133.

⁵⁰ ASENSIO MELLADO, Derecho, 2012, p. 133.

⁵¹ URIARTE VALIENTE/FARTO PIAY, El proceso penal español, 2007, p. 73.

expresión de personales juicios de valor derivados de la disconformidad del querellante con las actuaciones de los querellados. Es imprescindible que en la descripción del suceso que realice el querellante se ofrezcan los datos y las circunstancias que permitan subsumirlo en alguna de las descripciones típicas que de las conductas delictivas se hace en el Código Penal.⁵²

Repara ZARALEJOS NIETO en que no es necesario que el querellante califique jurídicamente los hechos, porque en todo caso se trataría de una calificación provisional que no vincula a las partes, ni al Juez, ni al Ministerio Fiscal. Ahora bien, en la misma querrela o en un momento posterior de la instrucción será necesario calificar jurídicamente los hechos a efectos de determinar la competencia y el procedimiento a seguir para la instrucción y enjuiciamiento.⁵³

2ª.- La expresión de las diligencias que se deberán practicar para la comprobación del hecho.

3.- La petición de que se admita la querrela, se practiquen las diligencias indicadas en el número anterior, se proceda a la detención y prisión del presunto culpable o a exigirle la fianza de libertad provisional, y se acuerde el embargo de sus bienes en la cantidad necesaria en los casos en que así proceda.

3. Requisitos de especiales de admisibilidad de la querrela.

a) En el caso de los delitos privados.

Como hemos visto, por delitos perseguibles a instancia de parte es obligado entender los delitos privados o sometidos a querrela privada exclusiva, es decir, los delitos de injurias y calumnias.⁵⁴

En los delitos perseguibles solamente a instancia de parte, el artículo 278 LECrim requiere la certificación que acredite haberse celebrado o intentado el acto de conciliación entre querellante y querrelado, que deberá acompañarse al escrito de interposición.

⁵² MAGRO SERVET, El pronunciamiento judicial, La Ley Penal, Nº 62, 2009, p. 5.

⁵³ ZARALEJOS NIETO, en: BANACLOCHE PALAO/ZARALEJOS NIETO, Aspectos Fundamentales, 2010, p. 135.

⁵⁴ GIMENO SENDRA, Manual de Derecho, 2010, p. 167.

El objeto de exigir la conciliación anterior es la evitación de un juicio inútil, pues la avenencia en el acto de conciliación será equivalente al perdón del ofendido, que produce los efectos de la extinción de la responsabilidad penal.⁵⁵

Podrán, sin embargo, practicarse sin este requisito las diligencias de carácter urgente para la comprobación de los hechos o para la detención del delincuente, suspendiendo después el curso de los autos hasta que se acredite el cumplimiento de lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 278 LECrim.

En los delitos de calumnia o injuria causadas en juicio se presentará además la licencia del Juez o Tribunal que hubiese conocido de aquél, con arreglo a lo dispuesto en el Código Penal (arts. 215.3 CP, 279 LECrim y 805 LECrim).

La concurrencia de esta licencia es una condición necesaria, y en caso de que falte será nulo todo lo actuado. La concesión de la licencia es una facultad discrecional del Juez, que por supuesto, no deberá actuar con criterios de arbitrariedad. El Tribunal Constitucional en Sentencia 100/1987, de 12 de junio, declaró que la razón de ser de esta necesidad es la de proteger a aquellas personas que intervienen en un proceso de una posible querrela infundada por las declaraciones que se realicen en el transcurso del juicio.⁵⁶

b) Prestación de fianza.

La fianza es uno de los requisitos a cuya admisibilidad queda supeditada la querrela.

Se regula en los artículos 280 y 281 LECrim.

El artículo 280 LECrim establece la necesidad de la fianza. El artículo 281 LECrim recoge las excepciones a este principio general de exigibilidad de la fianza.

En la nueva redacción que le ha otorgado la LO 4/2015, de 27 de abril, dispone el artículo 281 LECrim que:

“Quedan exentos de cumplir lo dispuesto en el artículo anterior:

1.º El ofendido y sus herederos o representantes legales.

2.º En los delitos de asesinato o de homicidio, el cónyuge del difunto o persona vinculada a él por una análoga relación de afectividad, los ascendientes y descendientes y sus parientes colaterales

⁵⁵ FERREIRO BAHAMONDE, en: PÉREZ-CRUZ MARTÍN/FERREIRO BAHAMONDE/PIÑOL RODRÍGUEZ/SEOANE SPIELBERG, Derecho Procesal Penal, 2010, p 136.

⁵⁶ FERREIRO BAHAMONDE, en: PÉREZ-CRUZ MARTÍN/FERREIRO BAHAMONDE/PIÑOL RODRÍGUEZ/SEOANE SPIELBERG, Derecho Procesal Penal, 2010, p. 136.

hasta el segundo grado inclusive, los herederos de la víctima y los padres, madres e hijos del delincuente.

3.º Las asociaciones de víctimas y las personas jurídicas a las que la ley reconoce legitimación para defender los derechos de las víctimas siempre que el ejercicio de la acción penal hubiera sido expresamente autorizado por la propia víctima.

La exención de fianza no es aplicable a los extranjeros si no les correspondiere en virtud de tratados internacionales o por el principio de reciprocidad.”

La obligación de satisfacer fianza tan sólo es exigible:

- 1.- en la querella pública o popular, y
- 2.- y en la querella privada de los extranjeros.

Este requisito se fundamenta por la doctrina por un lado, en que supone un intento de frenar las acusaciones calumniosas, asegurando las responsabilidades en las que pudiera incurrir el querellante mediante el desistimiento o renuncia a la querella, y por otro lado, se intenta cubrir las posibles costas en las que el acusador pueda incurrir como consecuencia de su maliciosa o negligente conducta.⁵⁷

La cuantía de la fianza debe ser proporcionada al patrimonio del querellante. En tal sentido dispone el artículo 20.3 de la Ley Orgánica del Poder judicial que “No podrán exigirse fianzas que por su inadecuación impidan el ejercicio de la acción popular, que será siempre gratuita”.

La fianza deberá prestarse en alguna de las formas previstas en el artículo 591 LECrim, de manera que podrá ser personal, pignoratícia o hipotecaria, o mediante caución que podrá constituirse en dinero efectivo, mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o por cualquier medio que, a juicio del Juez o Tribunal, garantice la inmediata disponibilidad, en su caso, de la cantidad de que se trate.

La no satisfacción de la fianza en el plazo concedido por el Juzgado determina el abandono de la querella (arts. 275 y 276 LECrim).

VI. EFECTOS DERIVADOS DE LA PRESENTACIÓN DE LA QUERELLA

Como hemos adelantado, la querella ha de interponerse ante el órgano jurisdiccional competente, quien examinará de oficio su propia competencia.

⁵⁷ GIMENO SENDRA, V., Manual de Derecho, 2010, p. 169.

Una vez examinada de oficio la competencia por el Juez, éste habrá de decidir sobre la concurrencia o no de los demás presupuestos procesales y fundamentar una resolución de inadmisión, desestimación o de admisión a trámite.⁵⁸

De manera que una vez presentada la querrela, pueden producirse tres situaciones:

a.- La inadmisión.

ASENCIO MELLADO considera que la querrela podrá ser inadmitida por los siguientes motivos: por no ser el Juez competente, por no cumplir otro requisito procesal, o por no cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 277 LECrim.⁵⁹

Una postura similar es la mantenida por GIMENO SENDRA, que entiende que aun cuando el artículo 313 LECrim establece dos únicos motivos de inadmisión de la querrela, cuales son la falta de competencia o de la tipicidad del hecho, el artículo 312 LECrim dispone que el Juez admitirá la querrela “si fuere procedente”, por lo que ha de entenderse que el Juez puede repeler una querrela por falta de los requisitos de admisibilidad distintos a los enumerados en el artículo 313 LECrim. Y así, podrá inadmitirse una querrela por falta manifiesta de legitimación activa, o de presupuestos procesales como la licencia el artículo 215 CP, la falta de representación procesal o de competencia, o la existencia de litispendencia, o por el incumplimiento de determinados requisitos como el de la identificación y ratificación del querellante.⁶⁰

El Tribunal Supremo ha declarado que la querrela irregular por haberse presentado ante órgano incompetente tiene el valor de denuncia cuando se trata de perseguir un delito público (STS de 12 de abril de 1991).⁶¹ De manera que, la inadmisión de una querrela por falta de competencia la convierte en denuncia, debiendo el Juez instructor, si el delito fuere público, remitirla al Juez competente.⁶²

La admisión de la querrela comporta el inicio del proceso. Parece que en nuestro ordenamiento jurídico a la querrela le corresponde un papel de promoción del proceso,

⁵⁸ GIMENO SENDRA, Manual de Derecho, 2010, p. 170.

⁵⁹ ASENCIO MELLADO, Derecho, 2012, p. 134.

⁶⁰ GIMENO SENDRA, Manual de Derecho, 2010, p. 170.

⁶¹ PAZ RUBIO, J. M., en: GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/ PAZ RUBIO/PUENTE SEGURA/ RODRÍGUEZ RAMOS, Ley de Enjuiciamiento Criminal, 19ª, 2012, p. 197.

⁶² GIMENO SENDRA, Manual de Derecho, 2010, p. 170.

por lo que cabe pensar que la acción penal a la que la querrela sirve de vehículo formal puede configurarse como un derecho a la actividad jurisdiccional o procesal penal.⁶³

En este sentido, es reiterada la doctrina constitucional según la cual “el derecho a la tutela judicial efectiva consagra el derecho fundamental a que un Tribunal resuelva en el fondo las controversias de derechos e intereses legítimos planteadas ante él, salvo que lo impida una causa de inadmisión fundada en un precepto expreso de una Ley que, a su vez, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho”. De esta manera configura el núcleo de este derecho fundamental “el derecho de acceso a la jurisdicción”, en el cual el principio *pro actione* despliega su máxima eficacia, exigiendo que “los órganos judiciales, al interpretar los requisitos procesales legalmente previstos tengan presente la ratio de la norma con el fin de evitar que los meros formalismos o entendimientos no razonables de las normas procesales impidan un enjuiciamiento de fondo del asunto, vulnerando las exigencias del principio de proporcionalidad” (STC 24/2003, de 10 de febrero). “...las decisiones judiciales de cierre del proceso son constitucionalmente asumibles sólo cuando respondan a una interpretación de las normas legales que sea conforme con la Constitución y tengan el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental (SSTC 39/1999, de 22 de marzo, F. 3 ; 259/2000, de 30 de octubre, F. 2; 3/2001, de 15 de enero, F. 5; 78/2002, de 8 de abril, F. 2; y 203/2002, de 28 de octubre, F. 3).

Así mismo, el Tribunal Supremo señaló en la Sentencia de 14 de septiembre de 2004 que

“Tal como ha establecido la doctrina del Tribunal Constitucional, STC nº 188/2003, de 27 octubre, el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva al ser un derecho prestacional de configuración legal, está supeditado a la concurrencia de los presupuestos y requisitos que haya establecido el legislador para cada sector del ordenamiento procesal, por lo que también se satisface aquel derecho cuando los órganos judiciales pronuncian una decisión de inadmisión, apreciando la concurrencia de un óbice fundado en un precepto expreso de la Ley (SSTC 48/1998, de 2 de marzo, F. 3 ; 252/2000, de 30 de octubre, F. 2; 60/2002, de 11 de marzo, F. 3; 77/2002, de 8 de abril, F. 3; y 143/2002, de 17 de junio , F. 2)”.

“Tal derecho, de acuerdo con nuestra consolidada doctrina, constituye el primero de los contenidos del derecho a la tutela judicial efectiva y, por ello, sobre él se proyecta con toda su intensidad el principio *pro actione*, exigiendo un control riguroso de la decisión judicial que impide conocer de la pretensión suscitada por la parte. Y si bien es cierto que, en la medida en que dicho derecho se ejercita conforme a la configuración prevista por el legislador, los órganos judiciales pueden apreciar una causa impeditiva del pronunciamiento sobre el fondo, no lo es menos que la apreciación de dicha causa debe hacerse, desde la perspectiva constitucional, conforme a un criterio respetuoso para con el derecho fundamental, rechazando aquellas decisiones que por su

⁶³ DE LA OLIVA SANTOS, El objeto del proceso penal. Hecho punible, acción penal y objeto de proceso, en: DE LA OLIVA SANTOS/ARAGONESES MARTÍNEZ/HINOJOSA SEGOVIA/MUERZA ESPARZA/TOMÉ GARCÍA, Derecho Procesal Penal, Ramón Areces, Madrid, 2007, p. 193.

rigorismo o excesivo formalismo revelen una clara desproporción entre el defecto o causa en que justifiquen el cierre del proceso y la consecuencia que se deriva para la parte, que es la imposibilidad de obtener un pronunciamiento judicial sobre su pretensión, pretensión para la que el acceso al procedimiento quedará definitivamente impedido (SSTC 13/1981, de 22 de abril, 115/1984, de 3 de diciembre, 87/1986, de 27 de junio, 154/1992, de 19 de octubre, 112/1997, de 3 de junio, 8/1998, de 13 de enero, 38/1998, de 17 de febrero, 207/1998, de 26 de octubre, 130/1998, de 16 de junio, 16/1999, de 22 de febrero, y 135/1999, de 15 de julio).

Por otra parte no puede ser nunca una causa de inadmisión de la querrela el no aparecer suficientemente acreditado el hecho objeto de la querrela.⁶⁴

Y, tampoco es posible repeler *ad limine* una querrela por la sola circunstancia de carecer el querellante de la cualidad de ofendido en un delito público.⁶⁵

La inadmisión de la querrela no puede tener nunca los efectos del sobreseimiento libre.⁶⁶

b.- La desestimación. La querrela puede ser desestimada por apreciar el Juez que los hechos no son constitutivos de delito (art. 313 LECrim).

A diferencia de la denuncia, la cual también puede ser desestimada porque el Juez considere que es manifiestamente falsa (art. 269 LECrim), el artículo 313 LECrim solamente autoriza la desestimación de la querrela por falta absoluta de tipicidad penal.⁶⁷

Como expone MAGRO SERVET, quien ejercita una acción penal no tiene, por sí mismo, el derecho a que se incoen las diligencias que se proponen en el escrito de querrela, sino las que estime el juez instructor, pero si este entiende que los hechos no son constitutivos de delito, es obvio que la decisión procedente y viable debe ser la de inadmisión.⁶⁸

c.- La admisión a trámite. Si la demanda es admitida a trámite se ordenará la práctica de las diligencias propuestas por las partes y aquellas que el Juez estime oportunas (art. 212 LECrim). Como expone ZARZALEJOS NIETO, una vez admitida a trámite la querrela el querellante quedará sometido al proceso, de manera que queda personado como parte activa por lo que puede solicitar diligencias instructoras y participar en las que se practiquen, y apartarse del procedimiento cuando lo considere

⁶⁴ URIARTE VALIENTE/FARTO PIAY, El proceso penal español, 2007, p. 71.

⁶⁵ MAGRO SERVET, El pronunciamiento judicial, La Ley Penal Nº 62, 2009, p. 2.

⁶⁶ URIARTE VALIENTE/FARTO PIAY, El proceso penal español, 2007, p. 74.

⁶⁷ GIMENO SENDRA, Manual de Derecho, 2010, pp. 171-172.

⁶⁸ MAGRO SERVET, El pronunciamiento judicial, La Ley Penal Nº 62, 2009, p. 1.

oportuno, sin perjuicio de la responsabilidad en que haya podido incurrir conforme al artículo 275 LECrim.⁶⁹

VII. EL DESISTIMIENTO DEL QUERELLANTE

El querellante puede desistir en cualquier momento del proceso, quedando tan sólo sujeto a las responsabilidades que puedan resultar por sus actos anteriores.⁷⁰

El desistimiento, la renuncia, o el perdón, son actos procesales de parte que tienen distinta incidencia según la naturaleza del ilícito con relación al cual se producen, y su efectos son diferentes según sean delitos perseguibles de oficio, delitos privados o delitos semiprivados.

Se entenderá que desiste el querellante cuando, tratándose de delitos privados, no inste el procesamiento del querellado en los diez días siguientes a la incoación del procedimiento (art. 275 LECrim)⁷¹

Y también se tendrá por abandonada la querrela cuando por muerte o por haberse incapacitado el querellante para continuar con la acción penal, no comparezca ninguno de sus herederos o representantes legales a sostenerla dentro de los treinta días siguientes a la citación dándoles conocimiento de la querrela (art. 276 LECrim).

En el cómputo de los plazos establecidos en los artículos 275 y 276 LECrim, es criterio jurisprudencial que no ha de descontarse ninguno de los días a título festivo, ya que por ser la querrela una actividad sumaria, le resulta aplicable la regla del artículo 201 LECrim⁷² (todos los días y horas son hábiles para la instrucción, sin necesidad de habilitación especial).

BIBLIOGRAFÍA

ARMENTA DEU, Lecciones de Derecho Procesal Penal, Marcial Pons, Madrid, 2007.

ASENCIO MELLADO, Derecho Procesal Penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

BANACLOCHE PALAO/ZARZALEJOS NIETO, Aspectos Fundamentales de Derecho Procesal Penal, La Ley, Madrid, 2010.

⁶⁹ ZARZALEJOS NIETO, en: BANACLOCHE PALAO/ZARZALEJOS NIETO, Aspectos Fundamentales, 2010, p. 135.

⁷⁰ PAZ RUBIO, en: GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/ PAZ RUBIO/PUENTE SEGURA/ RODRÍGUEZ RAMOS, Ley de Enjuiciamiento Criminal, 19ª, 2012, p. 198.

⁷¹ ZARZALEJOS NIETO, en: BANACLOCHE PALAO/ZARZALEJOS NIETO, Aspectos Fundamentales, 2010, p. 135.

⁷² PAZ RUBIO, J. M., en: GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/ PAZ RUBIO/PUENTE SEGURA/ RODRÍGUEZ RAMOS, Ley de Enjuiciamiento Criminal, 19ª, 2012, p. 198.

GIMENO SENDRA/ DÍAZ MARTÍNEZ/ MORENO CATENA/CORTÉS DOMÍNGUEZ, Lecciones de Derecho Procesal Penal, Colex, Madrid, 2003.

GIMENO SENDRA, Manual de Derecho Procesal Penal, Colex, Madrid, 2010.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/PAZ RUBIO/PUENTE SEGURA/ RODRÍGUEZ RAMOS, Ley de Enjuiciamiento Criminal y Ley del Jurado. Jurisprudencia, concordancias y comentarios a los procedimientos ordinario, abreviado y Ley del Jurado, 19ª edición, Colex, Madrid, 2012.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Tratado de Derecho Procesal Penal, Aranzadi, Pamplona, 2010.

MARTÍN RIOS, Reparación, tutela e intervención de la víctima en el proceso penal, Atelier, Barcelona, 2012.

MAGRO SERVET, El pronunciamiento judicial de la inadmisión de las querellas y su reflejo jurisprudencial, La Ley Penal, Nº 62, Sección Práctica penal, Julio 2009, p. 103. La Ley (versión *on line* autonumerada).

MUÑOZ CONDE, Derecho Penal. Parte Especial, Tirant lo blanc, Valencia, 2013.

JIMÉNEZ CONDE/PÉREZ MORALES, Manual de Derecho Procesal Penal. Esquemas y lecciones, Diego Marín, Murcia, 2014.

DE LA OLIVA SANTOS/ARAGONESES MARTÍNEZ/HINOJOSA SEGOVIA/MUERZA ESPARZA/ TOMÉ GARCÍA, Derecho Procesal Penal, Ramón Areces, Madrid, 2007.

PÉREZ-CRUZ MARTÍN/FERREIRO BAAMONDE/PIÑOL RODRÍGUEZ/SEOANE SPIELBERG, Derecho Procesal Penal, Civitas, 2010.

URIARTE VALIENTE/FARTO PIAY, El proceso penal español: jurisprudencia sistematizada, Manuales Profesionales La Ley, La Ley, Madrid, 2007.

* * * * *

Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz

Investigadora contratada predoctoral FPI. Univ. de Alcalá. Coordinadora y socia de la FICP.
Coordinadora técnica en el Consejo de Redacción de Foro FICP.

~Delitos de peligro abstracto y bienes jurídicos colectivos*/**~

I. OBJETO DE LA PONENCIA

La presente ponencia, que constituye un resumen de algunos de los avances de mi tesis doctoral, tiene por objeto exponer –sin pretensión de exhaustividad– algunos de los principales modelos de fundamentación del injusto material (objetivo) de los delitos de peligro abstracto en la doctrina española y alemana, sin perder de vista su fundamental relación con el bien jurídico protegido. A tales efectos, y a pesar de la existencia de voces discrepantes, se adoptará como punto de partida la posición –mayoritaria– que sostiene la vigencia del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, también llamado principio de lesividad o de ofensividad¹.

II. CONCEPTO DE LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO

Dadas las restricciones de tiempo no se podrán dedicar extensas reflexiones sobre el propio concepto de los delitos de peligro abstracto, sus tipos –en particular, los delitos de aptitud– y sus diferencias con otras categorías, cuestiones que ya han sido abordadas en abundante bibliografía y también, de manera próxima en el tiempo, en el I

* Ponencia presentada en el XVIII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, celebrado en la Facultad de Derecho de la Univ. de Alcalá los días 18 y 19 de junio de 2015 y organizado por el Área de Derecho Penal y la FICP. El presente trabajo resume algunos de los avances realizados en el marco de mi tesis doctoral –codirigida por el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña y la Prof. Dra. Roso Cañadillas– y ha sido financiado gracias a la ayuda del Subprograma de Formación de Personal Investigador de la Secretaría de Estado de Investigación, Desarrollo e Innovación del Ministerio de Economía y Competitividad (ref. BES-2012-058972), adscrita al proyecto de investigación DER2011-24011 sobre “Responsabilidad penal de las personas físicas y jurídicas en el ámbito empresarial, económico, laboral y de los mercados” y dirigido por el Prof. Dr. Dr. h. c. D. Diego-M. Luzón Peña. Agradezco a mis dos codirectores, así como a los participantes en el referido Seminario, sus comentarios y sugerencias en relación con este trabajo y el enfoque de mi tesis doctoral.

** **Abreviaturas utilizadas:** ADPCP: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. AT: Allgemeiner Teil. FS: Festschrift. GA: Goldammer’s Archiv für Strafrecht. InDret: InDret. Revista para el Análisis del Derecho. IP: Ius Puniendi: Sistema Penal Integral. JA: Juristische Arbeitsblätter. JuS: Juristische Schulung: Zeitschrift für Studium und Ausbildung. LH: Libro Homenaje. PG: Parte General. RP: Revista Penal. RDPCrim: Revista de Derecho Penal y Criminología. REDPC: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. RIntDP: Revue International de Droit Pénal. ZstW: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

¹ Sobre el debate en torno a la teoría del bien jurídico, vid. por ejemplo HEFENDEHL/HIRSCH/WOHLERS (eds.), Die Rechtsgutstheorie, 2003 = HEFENDEHL (ed.), Bien jurídico, 2007; JAKOBS, IP, 1, 2015, pp. 159-180.

Congreso Internacional de la FICP celebrado en Barcelona los días 29 y 30 de mayo².

Baste a estos efectos únicamente decir que los delitos de peligro abstracto han sido a menudo definidos como una categoría residual por oposición a los delitos de lesión y los delitos de peligro concreto, en la que se tipifican conductas que ni lesionarían ni pondrían en concreto peligro al bien jurídico –o al objeto material del delito–³. De haberse mantenido sin más esta delimitación negativa, dentro de esta categoría cabría incluir a otras que hoy en día tienden –siempre, eso sí, con no pocas dificultades– a adquirir una entidad propia, como los delitos sin bien jurídico, los delitos obstáculo, los delitos de riesgo o los delitos acumulativos⁴.

De hecho, normalmente se ha enriquecido la definición puramente negativa de la categoría de delitos de peligro abstracto con la explicación –muy a grandes rasgos– de que en ella se incluyen conductas consideradas “abstracta” o “generalmente” peligrosas para el bien jurídico⁵, según –respectivamente– las teorías de la peligrosidad abstracta y la peligrosidad general. Estas teorías son las que tradicionalmente han fundamentado esta categoría y, aunque hoy en día han perdido peso frente a los modelos que se expondrán, todavía siguen siendo defendidas por autores relevantes. Desde estas posiciones, se ha sostenido que en los delitos de peligro abstracto puro basta para que el delito quede consumado con la realización de la conducta en él tipificada, sin ningún otro tipo de verificaciones por parte del juez⁶.

² Pueden consultarse las Actas del I Congreso Internacional de la FICP, codirigido por los Profs. Dres. Dres. h.c. mult. Mir Puig y Luzón Peña y los Profs. Dres. Corcoy Bidasolo y Gómez Martín, en la página web de la FICP (www.ficp.es) en la sección de [Publicaciones/Actas de Congresos y Seminarios](#).

³ Así comienzan por ejemplo a definirlos TIEDEMANN, JuS, 1989, p. 697; JAKOBS, AT, 2ª, 1991, 6/86. *Describen* esta situación TORÍO LÓPEZ, ADPCP, 34, 1981, p. 827; GRAUL, *Abstrakte Gefährdungsdelikte*, 1991, p. 140 y 355; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, *Delitos de peligro*, 1993, pp. 131-133; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, 1994, p. 237; MENDOZA BUERGO, *Límites*, 2001, p. 18.

⁴ Vid., por ejemplo, TORÍO LÓPEZ, ADPCP, 34, 1981, pp. 827-828, quien expone cómo dentro de la categoría de los delitos de peligro abstracto, concebida de modo puramente negativo, ha tenido tradicionalmente cabida una serie de delitos que carecerían de bien jurídico protegido: (i) los delitos consistentes en la violación de reglas ético sociales o religiosas; y (ii) los delitos de desobediencia, de policía o injustos administrativos. Por su parte, VON HIRSCH/WOHLERS, en: Hefendehl/Hirsch/Wohlens (eds.), *Die Rechtsgutstheorie*, 2003, pp. 198-200 = en: Hefendehl (ed.), *Bien jurídico*, 2007, pp. 288-290 consideran que la de los delitos de peligro abstracto es una categoría aglutinadora en la que se incluirían los delitos preparatorios (*Vorbereitungsdelikte*), los delitos cumulativos y los delitos de peligrosidad concreta. En la línea que presenta diferentes categorías de delitos como diferentes, pero al mismo tiempo relacionadas con los delitos de peligro abstracto, vid. también KUHLEN, en: von Hirsch/Seelman/Wohlens (eds.), *Mediating Principles*, 2006, pp. 149-153 = en: Robles Planas (ed.), *Límites*, 2012, pp. 226-231.

⁵ Se encuentran ejemplos de definiciones negativas de la categoría “enriquecidas” mediante cuestiones asociadas a su fundamentación en SCHRÖDER, *ZstW*, 19, 1969, p. 14; BARBERO SANTOS, ADPCP, 26, 1973, p. 489; ROXIN, AT, I, 1992, 11/119; MIR PUIG, PG, 8ª, 2006, 9/61.

⁶ Desde la teoría de la peligrosidad general, vid. HASSEMER, ADPCP, 1992, p. 242; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, PG, 18ª, 1995, p. 428; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG, 5ª, 1999, pp. 327-328; CEREZO MIR, RDPCrim, 10, 2002, pp. 47 y 67. En su *descripción* de esta teoría, véanse TORÍO

III. EL PROBLEMÁTICO INJUSTO MATERIAL DE LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO

El punto clave en relación con la legitimidad de los delitos de peligro abstracto reside en su compatibilidad con el principio de ofensividad⁷, que exige que en los delitos se tipifiquen conductas que afecten a bienes jurídicos, lesionándolos o poniéndolos en peligro –si bien algunos autores lo restringen y hablan exclusivamente de la lesión de bienes jurídicos⁸–.

Para la mayoría de la doctrina española y alemana actual, el principio de ofensividad tiene su traducción dogmática en la antijuridicidad material⁹ y consiste en la necesidad de un desvalor de resultado –de lesión o puesta en peligro– junto con el desvalor de acción¹⁰. No se escapa sin embargo que para otras corrientes el principio de ofensividad es perfectamente compatible con concepciones de la antijuridicidad material basadas exclusivamente en el desvalor de acción –objetivo y subjetivo, o únicamente subjetivo– y que ubican el resultado jurídico en el ámbito de la punibilidad, como condición objetiva de esta¹¹. Pues bien, suele afirmarse desde algunas corrientes que los delitos de peligro abstracto, al no requerir para su consumación la efectiva *puesta en peligro* del bien jurídico, vulnerarían el principio de ofensividad, además del

LÓPEZ, ADPCP, 34, 1981, p. 825 y 842; GRAUL, *Abstrakte Gefährdungsdelikte*, 1991, p.144; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, 1994, pp. 238-239; MENDOZA BUERGO, *Límites*, 2001, pp. 75-79.

⁷ Nótese por otro lado que en Alemania es frecuente la referencia al principio de culpabilidad, entendido este en sentido amplio: por ejemplo, SCHÜNEMANN, JA, 1975, p. 797; EL MISMO, en: VV.AA., *Cuestiones actuales*, 2008, p. 25. Lo pone de manifiesto también RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, 1994, p. 247.

⁸ Vid. por ejemplo, en una primera aproximación, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG, 5ª, 1999, p. 316 y n. 5. Por su parte, CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro*, 1999, p. 136 y 218-220; en: Mir Puig/Corcoy Bidasolo (dirs.), *Política criminal*, 2004, p. 38; en: Mir Puig (dir.), *Derecho penal 2007*, p. 376 también se refiere exclusivamente a la lesión (como se verá *infra*), pero la concibe no como una “destrucción” sino como una “afección” del bien jurídico, término este que a su vez abarcaría tanto la lesión como la puesta en peligro tradicionales.

⁹ Categoría que permite *de lege lata* tanto la interpretación, en su caso restrictiva, de los tipos delictivos existentes como la valoración político-criminal negativa de los tipos que no satisfacen suficientemente esa exigencia y las consiguientes propuestas de cambio *de lege ferenda*. MIR PUIG, PG, 8ª, 2006, 6/28; ROXIN, AT, 4ª, 2006, 14/4; MUÑOZ CONDE, PG, 8ª, 2010, p. 301; LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, 2ª, 2012, 13/2-13/10.

¹⁰ Cfr. por ejemplo, en España, MIR PUIG, PG, 8ª, 2006, 6/37; MUÑOZ CONDE, PG, 8ª, 2010, pp. 303-305; LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, 2ª, 2012, 13/38. Sobre la doctrina alemana dominante se pronuncia expresamente SILVA SÁNCHEZ, *Introducción*, en: Schünemann (comp.), *Sistema moderno*, 2ª, 2012, pp. XXXV y XL. Véase también ROXIN, AT, 4ª, 2006, 10/88.

¹¹ Para SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2ª, 2010, pp. 418-420, el resultado quedaría fuera del injusto pero sería necesario en la punibilidad, a efectos especialmente de *necesidad de pena* (vid. n. 444 en p. 417). De hecho, sostiene: «Cabe, en efecto, sostener la ubicación sistemática del resultado fuera del injusto y ser ardiente defensor de un Derecho penal de la lesividad. Cabe, por contra, mantener, en el plano dogmático, la integración del resultado en el injusto y favorecer la tipificación de delitos de peligro». Vid. también CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro*, 1999, pp. 135-136, 143 (n. 296) y 148 (n. 308).

de intervención mínima¹².

Para empezar, la cuestión reside en determinar si los delitos de peligro abstracto presentan o no algún tipo de resultado en sentido jurídico –es decir, un desvalor de resultado para la mayoría de la doctrina–: (i) en caso afirmativo, se trataría de identificarlo y fundamentarlo suficientemente; y (ii) en el caso de que la respuesta fuera negativa, se trataría entonces de analizar si cabe defender la existencia en las leyes penales de delitos sin desvalor de resultado y bajo qué condiciones.

La fricción con el principio de ofensividad y la antijuridicidad material es si cabe mayor cuando se pone el acento en el hecho de que, al no ser necesario verificar más que la mera realización de la conducta típica –por lo menos según las teorías tradicionales–, en los delitos de peligro abstracto se penalizan conductas que pueden haber sido inocuas en el caso concreto, y ello no sólo porque no haya habido ningún tipo de consecuencias –al no haber concurrido ninguna víctima potencial en el radio de acción de la conducta– sino porque el agente haya previamente adoptado medidas especiales de precaución. Como se ve, esta posibilidad pone de manifiesto que en los delitos de peligro abstracto podría llegar a ponerse en duda hasta la propia existencia de un desvalor de acción de la conducta individual, al no concurrir ni dolo –no ya de lesionar, sino tampoco de poner en peligro– ni imprudencia, en lo que al desvalor subjetivo de acción se refiere, ni tampoco una conducta idónea para lesionar o siquiera poner en peligro, en lo tocante al desvalor objetivo de acción¹³.

Para los casos referidos, la teoría de la peligrosidad general considera irrelevante que en el caso concreto la acción individual carezca de peligrosidad, pues su desvalor

¹² HASSEMER, en: Scholler/Philipps (eds.), *Jenseits*, 1989, pp. 88-89 = *Doctrina penal*, 1989, pp. 279-280; EL MISMO, *ADPCP*, 1992, p. 240 y 242; FERRAJOLI, *Diritto*, 3ª, 1996, p. 482; MATA Y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios*, 1997, p. 54; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, 2ª, 2001, pp. 125-125. Describen también estas críticas, por ejemplo, SCHRÖDER, *ZstW*, 1969, p. 15; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, 1994, p. 245; MENDOZA BUERGO, *Límites*, 2001, pp. 80-89.

¹³ Conscientes de este problema son, por ejemplo, SCHRÖDER, *ZstW*, 1969, pp. 14-16; RUDOLPHI, en: FS-Maurach, 1972, p. 59; SCHÜNEMANN, *JA*, 1975, pp. 793 y 797; MOCCIA, en: Silva Sánchez (ed.), *LH-Roxin*, 1997, p. 136: «... queremos recalcar la incompatibilidad existente, desde diversas perspectivas entre la utilización de tipos de peligro abstracto y un sistema penal garantista en sentido formal y substancial. [...] la total ausencia de lesividad de la conducta en los delitos de peligro abstracto, soslayando cualquier otra consideración, hace difícilmente aprehensible el desvalor del acto, tanto para la globalidad de los ciudadanos como para el eventual reo»; CERESO MIR, *RDPCrim*, 10, 2002, p. 65: «La legitimidad de los delitos de peligro abstracto es cuestionable únicamente desde el punto de vista del contenido de injusto material, desde el momento en que en el caso concreto puede faltar no sólo el resultado de peligro del bien jurídico, sino incluso la peligrosidad de la acción desde un punto de vista *ex ante*»; SCHÜNEMANN, en: von Hirsch/Seelman/Wohlens (eds.), *Mediating Principles*, 2006, p. 28 = en: Robles Planas (ed.), *Límites*, 2012, pp. 75-76; en: VV.AA., *Cuestiones actuales*, 2008, p. 24.

reside en su pertenencia a una clase de conductas peligrosas estadísticamente¹⁴; para la teoría de la peligrosidad o del peligro abstracto, en cambio, tal peligrosidad o tal situación de puesta en peligro de hecho se *presumen*¹⁵, de modo que podríamos –con BUSTOS RAMÍREZ– llegar a afirmar que en ellas se está presumiendo directamente el injusto material¹⁶.

Por ello, para una corriente de autores –en Alemania, notablemente la llamada Escuela de Frankfurt–, la mayoría de los delitos de peligro constituirían una limitación inaceptable de la libertad y deberían por lo general ser desterrados a un –todavía inexistente– Derecho de intervención¹⁷, al Derecho administrativo¹⁸ o a un Derecho penal de segunda velocidad¹⁹, dejando intacto el Derecho penal nuclear y flexibilizando en esos otros ámbitos las garantías del Estado de Derecho liberal.

En las líneas que siguen se expondrán algunos de los modelos que se han elevado como alternativa a las teorías tradicionales de fundamentación del injusto objetivo de los delitos de peligro abstracto, sin llegar al extremo de su rechazo generalizado como categoría delictiva.

IV. ALGUNOS MODELOS DOGMÁTICOS DE MATERIALIZACIÓN DEL INJUSTO OBJETIVO DE LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO (O DE COMPATIBILIZACIÓN CON EL PRINCIPIO DE OFENSIVIDAD)

Según MENDOZA BUERGO, una primera clasificación de las teorías supondría diferenciarlas en función de si caracterizan de manera unitaria los delitos de peligro abstracto –por lo menos en sus aspectos sustanciales–, y las que en cambio establecen diferenciaciones en función del bien jurídico protegido y de la clase de actividades

¹⁴ RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, PG, 18ª, 1995, p. 428; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG, 5ª, 1999, pp. 327-328. Entre los mayores defensores actuales de este razonamiento podemos destacar a GÓMEZ TOMILLO, en: el mismo (dir.), Principio de precaución, 2014, pp. 92-93, n. 34: «... si lo que caracteriza a tales delitos es su peligrosidad estadística, no acabamos de entender que esa peligrosidad sea insuficiente para legitimar la intervención del Derecho penal, el cual permitiría que determinadas personas jugasen a una especie de ruleta rusa con los bienes jurídicos. Cuestión diversa es la del grado de peligrosidad estadística que autorizaría al legislador penal a intervenir [...]». Otro autor que, desde el punto de vista de la prevención general, defiende la legitimidad de los delitos de peligro abstracto puros en relación con los bienes jurídicos supraindividuales –que distingue de los colectivos– es CEREZO MIR, RDPCrim, 10, 2002, pp. 71-72, puesto que el sujeto que realiza la acción descrita en el tipo y generalmente peligrosa no puede saber cuándo su acción genera un peligro para el bien protegido.

¹⁵ RODRÍGUEZ MOURULLO, PG, 1978, p. 280; BERISTAIN IPIÑA, Cuestiones penales, 1979, pp. 272-273.

¹⁶ BUSTOS RAMÍREZ, Control social, 1987, pp. 328-329. De acuerdo con él, MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Delitos de peligro, 1993, pp. 136-137.

¹⁷ HASSEMER, ADPCP, 45, 1992, pp. 248-249; EL MISMO, ADPCP, 46, 1993, p. 80.

¹⁸ MOCCIA, en: Silva Sánchez (ed.), LH-Roxin, 1997, pp. 138-142.

¹⁹ SILVA SÁNCHEZ, La expansión, 2ª, 2001, pp. 150-162.

reguladas²⁰. Mientras que un ejemplo de las primeras sería en la doctrina alemana KINDHÄUSER²¹ y en España CORCOY BIDASOLO²², entre las segundas (mayoritarias) cabría destacar a SCHÜNEMANN²³ en Alemania y, por ejemplo, a RODRÍGUEZ MONTAÑÉS²⁴ en España.

Al margen de esa primera clasificación, MENDOZA BUERGO propone otra basada en el elemento configurador del *injusto* de los delitos de peligro abstracto destacando: (i) una auténtica lesión, o una lesión *sui generis* (por la configuración que se hace del bien jurídico tutelado); (ii) un desvalor de resultado diferente de la lesión; y (iii) un mero desvalor de acción, aunque configurado de diversas formas²⁵.

Se trata este de un enfoque indudablemente valioso como punto de partida, si bien –al estar centrado en la configuración del *injusto*– no termina de encajar o abarcar satisfactoriamente aquellas posturas de la teoría del delito que defienden la compatibilidad entre, de una parte, un concepto de antijuridicidad material basado exclusivamente en el desvalor de acción y, de otra parte, el respeto al principio de ofensividad mediante la exigencia de un resultado jurídico como condición objetiva de punibilidad. Por ese motivo, y pesar de defenderse en este trabajo una concepción dualista de la antijuridicidad material, parece más conveniente clasificar a los autores en función simplemente de si consideran que en los delitos de peligro abstracto se exige o se prescinde de un resultado jurídico –de lesión o peligro, ya se ubique este en el desvalor de resultado o en la punibilidad– comprobable *ex post* y diferente de la peligrosidad general *ex ante* de la acción.

²⁰ MENDOZA BUERGO, Límites, 2001, p. 90.

²¹ Vid. *infra*, sección 1.a).1). La propuesta de KINDHÄUSER sobre el injusto material de los delitos de peligro abstracto es esencialmente unitaria, lo que no resulta incompatible con la apreciación de ciertas peculiaridades en función del titular de los intereses protegidos, de si la protección es directa o indirecta o de si la seguridad está referida a sujetos u objetos. KINDHÄUSER, *Gefährdung*, 1989, pp. 294-295, 310-311.

²² CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro*, 1999, p. 207: «... pese a que es cierto que dentro de los delitos contra bienes jurídicos supraindividuales existen particularidades, la importancia sustantiva de los puntos que tienen en común aconseja no realizar una división en clases distintas sino, únicamente estudiar sus aspectos peculiares agrupándolos en atención a éstos». Vid. también n. 432.

²³ SCHÜNEMANN considera, de una parte, que no cabe siquiera hablar de delitos de lesión o de peligro cuando nos hallamos ante bienes institucionales y, de otra, matiza su fundamentación de la mayoría de los delitos de peligro abstracto en función de si protegen además bienes jurídicos intermedios o de si regulan las llamadas “acciones en masa”. Sobre ello se volverá más adelante.

²⁴ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, 1994, pp. 297-304.

²⁵ MENDOZA BUERGO, Límites, 2001, p. 91. También RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, 1994, p. 251 distingue, a grandes rasgos, entre las propuestas que se centran en el desvalor de resultado de los delitos de peligro abstracto (reconduciéndolos a los delitos de lesión o de peligro concreto) y las que lo hacen en su desvalor de acción.

1. La producción de un resultado jurídico comprobable *ex post*

a) ¿Una lesión en los delitos de peligro?

En efecto, una de las vías por las que se ha optado para legitimar los delitos de peligro abstracto consiste precisamente en entender que en ellos se produce un resultado jurídico de daño o lesión, aunque ciertamente no siempre una lesión en el sentido tradicional del término.

1) *KINDHÄUSER y las condiciones de seguridad para el disfrute despreocupado de los bienes*

Algunos antecedentes de esta vía se encuentran en STÜBEL y también en BINDING, pero uno de los mayores representantes hoy en día es KINDHÄUSER.

KINDHÄUSER critica el “paradigma de la agresión”, según el cual el fin de todas las normas primarias de conducta consiste en evitar *lesiones* del bien jurídico. Desde este parámetro, se fracciona el hecho punible según un esquema espacio-temporal que (i) parte de la lesión como el injusto más grave, (ii) valora el injusto de los previos estadios de planificación en función de su proximidad respecto de esa lesión, y (iii) atribuye un menor merecimiento de pena según esa proximidad decrece. Para KINDHÄUSER, sin embargo, ni el injusto de los delitos de peligro ni tampoco la situación legal existente en Alemania serían susceptibles de ser explicados conforme a este paradigma²⁶. De hecho, este se enfrentaría al siguiente dilema:

[E]n caso de que se haya producido una lesión, para la fundamentación del injusto objetivo no es necesaria la búsqueda de estadios previos de puesta en peligro. Cuando, en cambio, la lesión no se haya producido, tampoco hay un estadio previo a la lesión cuyo injusto objetivo se pudiera derivar de la lesión²⁷.

Por eso, KINDHÄUSER sostiene que el menoscabo de bienes jurídicos que tipifican los delitos de peligro (concreto y abstracto) es específico y constituye un injusto autónomo, independiente de la lesión del bien *en su sustancia* y por lo tanto no equiparable únicamente a un estadio previo a esta²⁸. Pues bien, ¿en qué consiste este injusto?

²⁶ KINDHÄUSER, InDret, 1, 2009, pp. 8-9.

²⁷ KINDHÄUSER, InDret, 1, 2009, pp. 9-10. Y ello porque el juicio de peligro estaría basado en el *erróneo* pronóstico del curso causal de un observador *ficticio*.

²⁸ KINDHÄUSER, en: Jornadas Tiedemann, 1995, p. 448: «... me parece evidente que no sólo la lesión de un bien, sino su puesta en peligro y también la privación de la posibilidad de disponer de dicho bien de forma segura, son daños *sui generis*, esto es, daños independientes y no sólo estadios previos de lesiones»; KINDHÄUSER, InDret, 1, 2009, p. 3.

Si los bienes jurídicos son, para este autor, «características de las personas, cosas e instituciones que sirven al libre desarrollo del individuo en un Estado democrático y social de Derecho»²⁹, su valor como medio para ese libre desarrollo puede verse reducido o menoscabado de tres formas diferentes³⁰:

- (i) mediante una lesión: cuando son alterados en su integridad o sustancia, de forma que ya no pueden cumplir totalmente su función³¹;
- (ii) mediante un peligro concreto: cuando se produce una situación tal que el hecho de que el bien sea lesionado ya sólo depende de la casualidad, lo que constituiría una acentuada desprotección del bien³²; o
- (iii) mediante un peligro abstracto:

«Se pueden caracterizar como puestas en peligro abstractas aquellos casos en los que ejemplarmente se habrían dado todas las condiciones de una puesta en peligro si un bien se hubiera encontrado en el mismo lugar. A este respecto, el hecho de que en el mismo lugar no se encontrara un bien es algo que nuevamente tiene que depender de la casualidad»³³.

Por lo tanto –prosigue–, el valor del bien jurídico como medio de libre desarrollo disminuiría también cuando no resulte *suficientemente seguro* que al disponer del bien este no vaya a ser dañado³⁴; o, en otras palabras, cuando las condiciones o patrones de seguridad *tipificados* e imprescindibles para disponer racional o despreocupadamente del bien no estén garantizados³⁵.

Así, para KINDHÄUSER «[l]a genuina lesividad del peligro abstracto reside en que un bien sobre el que no puede disponerse de forma despreocupada no es racionalmente

²⁹ KINDHÄUSER, en: Lüderssen/Nestler-Tremel/Weigend, *Modernes Strafrecht*, 1990, p. 35; EL MISMO, *InDret*, 1, 2009, pp. 10 y 15.

³⁰ Un menoscabo del bien jurídico sería a su vez «una (intolerable) determinación ajena de la relación entre el bien y su titular», KINDHÄUSER, en: *Jornadas Tiedemann*, 1995, p. 448.

³¹ KINDHÄUSER, en: *Jornadas Tiedemann*, 1995, p. 448; EL MISMO, *InDret*, 1, 2009, pp. 10 y 15. Nótese que el valor no disminuye por la mera reducción de su sustancia, sino por la consecuencia que se deriva de ésta, consistente en la incapacidad del bien de cumplir su función de medio para el libre desarrollo.

³² KINDHÄUSER, *InDret*, 1, 2009, p. 15. En EL MISMO, en: *Jornadas Tiedemann*, 1995, p. 448 se definen los peligros concretos como «situaciones en las que, desde la perspectiva del bien, es probable una lesión que no puede ser evitada de forma planificada».

³³ KINDHÄUSER, *InDret*, 1, 2009, p. 13.

³⁴ KINDHÄUSER, *InDret*, 1, 2009, p. 14.

³⁵ KINDHÄUSER, en: *Jornadas Tiedemann*, 1995, p. 449; EL MISMO, *InDret*, 1, 2009, p. 15; EL MISMO, *Derecho y Humanidades*, 1, 2010, p. 45.

aprovechable en su totalidad»³⁶, lo que constituiría un daño *sui generis*, esto es, un daño independiente y no mero estadio previo de la lesión propiamente dicha³⁷.

Dicho esto, se hace preciso aclarar cuál sería el concepto de seguridad que sostiene KINDHÄUSER, pues se está siempre haciendo recurso de la idea de patrones o condiciones de seguridad tipificados. Ésta se define como un concepto práctico, como la expectativa objetivamente fundada de un juzgador racional de poder utilizar bienes despreocupadamente, basada en la ausencia de condiciones relevantes para la lesión³⁸. La anterior definición presupondría –se dice– la congruencia entre elementos objetivos y subjetivos, en el sentido de una falta de preocupación subjetiva de esa potencial víctima y su fundamento objetivo³⁹.

En el concepto de seguridad cabría distinguir “competencias” autónomas –responsabilidad del propio titular sobre sus bienes– y heterónomas, que supondrían una compensación del cuidado que el individuo no puede procurarse para disponer de sus bienes –o sólo mediante un esfuerzo extraordinario–. La perturbación de las competencias autónomas sería penalmente irrelevante, so pena de incurrir en un paternalismo injustificado, pero la correspondiente a las heterónomas sí podría serlo si éstas estuvieran jurídicamente garantizadas⁴⁰, pues la seguridad sería al fin y al cabo una idea directriz de nuestro tiempo⁴¹.

En los delitos de peligro abstracto, en definitiva, el fin de la norma de determinación no sería la evitación de lesiones sino garantizar las condiciones de seguridad *heterónomas* para un aprovechamiento despreocupado de esos bienes⁴² y procurar una base de confianza en este sentido al individuo⁴³.

Y así, mientras que según el paradigma del ataque el *injusto* del hecho típico se fundamentaría en su cualidad como medio adecuado subjetiva y/o objetivamente para la

³⁶ KINDHÄUSER, en: Jornadas Tiedemann, 1995, p. 449.

³⁷ KINDHÄUSER, en: Jornadas Tiedemann, 1995, pp. 448 y 451.

³⁸ KINDHÄUSER, *Gefährdung*, 1989, p. 282. Así lo han expuesto, al referirse a esta obra, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, 1994, p. 255; MENDOZA BUERGO, *Límites*, 2001, pp. 122-123; LA MISMA, *RDPCrim*, 9, 2002, p. 50. Nótese que KINDHÄUSER, en: Jornadas Tiedemann, 1995, p. 449 se limita a definirla como «la posibilidad de disfrutar sin riesgo de los bienes», sin desarrollar las cuestiones relativas al sujeto que enjuicia ni a su carácter objetivo o subjetivo.

³⁹ KINDHÄUSER, *Gefährdung*, 1989, p. 282. Vid. también la interpretación de este autor que realizan RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, 1994, p. 255; MENDOZA BUERGO, *Límites*, 2001, p. 123.

⁴⁰ KINDHÄUSER, en: Jornadas Tiedemann, 1995, pp. 449-450.

⁴¹ KINDHÄUSER, *Derecho y Humanidades*, 1, 2010, p. 45.

⁴² RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, 1994, p. 255; MENDOZA BUERGO, *Límites*, 2001, pp. 113 y 122; LA MISMA, *RDPCrim*, 9, 2002, pp. 49-50.

⁴³ MENDOZA BUERGO, *Límites*, 2001, p. 126.

producción de la lesión, según la concepción de KINDHÄUSER la potencialidad *lesiva* de la conducta sería irrelevante, puesto que el injusto se imputaría por y se fundamentaría en su dañosidad propia, esto es, en el hecho de que con su comportamiento el agente realice una condición en cuya ausencia debería poder confiar un sujeto coactuante racional –es decir, la potencial víctima–⁴⁴. En definitiva, con la infracción de los estándares de seguridad tipificados que recogen los delitos de peligro abstracto se estaría ante un *injusto de resultado*⁴⁵: en la medida en que el comportamiento típico excluiría o disminuiría las expectativas de las personas en la disposición racional de sus concretos bienes, el valor de estos como medio para el libre desarrollo del individuo se vería necesariamente reducido.

Cabe señalar, sin embargo, que la afirmación de que los delitos de peligro abstracto tienen una carga de injusto material no supone para KINDHÄUSER el reconocimiento automático de su merecimiento de pena ni una aceptación acrítica de los mismos: como ha señalado en alguna ocasión, el contenido de injusto deberá satisfacer el nivel del Derecho penal nuclear, para evitar caer en una bagatelización del Derecho penal (ej., falso testimonio, incendio en casa habitada, Derecho penal ambiental)⁴⁶.

La fundamentación de KINDHÄUSER, atractiva como puede parecer, no está sin embargo exenta de problemas, en los que sin embargo no hay tiempo para detenerse más que muy brevemente. Destaca por ejemplo la crítica de ROXIN, para quien

... la despreocupación y falta de temor sólo se pueden suscitar mediante la protección de los bienes jurídicos amenazados, por lo que ésta también es el objetivo primario de los delitos de peligro abstracto, y la provocación de "seguridad" es sólo, como en todos los demás tipos, el fenómeno concomitante y la consecuencia de la –previa– protección de bienes jurídicos⁴⁷.

Por su parte, MENDOZA BUERGO recalca que la de KINDHÄUSER es una argumentación circular y formal, en la medida en que la lesión de la seguridad del

⁴⁴ MENDOZA BUERGO, *Límites*, 2001, pp. 125-127. KINDHÄUSER, *Gefährdung*, 1989, pp. 294-295 diferencia los supuestos de "protección especial" (protección de la disposición sin riesgo sobre bienes de una persona determinada) de aquellos de "protección general" (en lo que se protege a una persona cualquiera, a la colectividad). Si el fin de la norma es la protección general, toda persona debe poder confiar en la ausencia de la realización del comportamiento y el injusto existe con independencia de la relevancia lesiva de la conducta; sin embargo, si el fin de la norma es la protección especial y falta la relevancia lesiva de la conducta, entonces sí cabe la posibilidad excepcional de que la víctima excluya la posibilidad de que el comportamiento sea concretamente peligroso; en tales casos, la falta de relevancia lesiva del comportamiento podría ser tomada en cuenta para no considerarla punible. Sobre esta postura se pronuncia también MENDOZA BUERGO, *Límites*, 2001, p. 128.

⁴⁵ Así lo afirma MENDOZA BUERGO, *RDPCrim*, 9, 2002, p. 50.

⁴⁶ KINDHÄUSER, en: *Jornadas Tiedemann*, 1995, p. 452. Insistiendo en que el merecimiento de pena no se gana automáticamente por la existencia de un injusto, vid. KINDHÄUSER, *InDret*, 1, 2009, p. 16.

⁴⁷ ROXIN, *PG*, 1997, 11/123. Este argumento se encuentra ya en ROXIN, *AT*, 1992, 11/123.

disfrute del bien se acaba identificando con la quiebra del estándar tipificado⁴⁸.

2) *La lesión de bienes jurídicos supraindividuales o colectivos*⁴⁹

Otra vía diferente para la fundamentación del injusto material de los delitos de peligro abstracto, sostenida sobre todo por CORCOY BIDASOLO en España⁵⁰ y en cierta medida, por ejemplo, por TIEDEMANN⁵¹, SCHÜNEMANN⁵² y ROXIN⁵³ en Alemania, es poner el foco en los bienes jurídicos supraindividuales cuya *lesión* puede estar siendo de hecho –o podría serlo– tutelada en estos tipos. Esta postura es importante en al menos dos aspectos:

- (i) por un lado, deja de centrarse en los bienes individuales, que son los que a menudo –aunque no solo– se tienen en la mente al hablar de delitos de peligro abstracto, y llama la atención, como se ha dicho, sobre los bienes jurídicos supraindividuales o colectivos, entre los cuales cabría mencionar también a los “bienes intermedios”⁵⁴;

⁴⁸ MENDOZA BUERGO, RDP/Crim, 9, 2002, p. 51. Otras críticas al concepto de seguridad pueden verse en RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, 1994, pp. 265-267. A favor de la postura de KINDHÄUSER en relación con bienes jurídicos supraindividuales institucionalizados y divisibles en intereses individuales, vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, en: Serrano Piedecabras/Demetrio Crespo (dirs.), *El Derecho penal económico*, 2010, pp. 96-99.

⁴⁹ A estos efectos se usarán ambos términos como equivalentes.

⁵⁰ CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro*, 1999. Vid. también, con matices, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, 1994, pp. 299-305, 338-339; MARTÍNEZ-BUJÁN, en: Serrano Piedecabras/Demetrio Crespo (dirs.), *El Derecho penal económico*, 2010, pp. 92-95. De acuerdo con la idea de que en determinados casos los delitos de peligro abstracto lo serían también de lesión de bienes jurídicos colectivos, vid. DOVAL PAIS, en: Boix Reig (dir.), *Intereses difusos*, 1994, pp. 46-48 y 69-71, si bien se le niega a este argumento ventajas o relevancia práctica. Por su parte, SOTO NAVARRO, *Bienes colectivos*, 2003, p. 307 reivindica, allí donde habitualmente se configuran delitos de peligro contra bienes colectivos, la conveniencia de configurar delitos autónomos de lesión contra tales bienes y previa concreción de los mismos, sobre los que además defiende un concepto restringido. Con ello la autora no pretende materializar el injusto de los llamados delitos de peligro abstracto, sino más bien defender la legitimidad de los delitos contra bienes jurídicos colectivos y su carácter lesionable, por lo que –aunque algunas conclusiones sean comunes– su enfoque resulta un tanto diferente al que se ofrece en este bloque.

⁵¹ TIEDEMANN, *JuS*, 1989, pp. 691 y 697. Con posterioridad, TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, 4ª, 2014, 4/181 sostiene que el llamado “peligro abstracto” para las instituciones y bienes jurídicos colectivos que tendría lugar con la realización del tipo constituiría un daño a su *vigencia*, lo que también sería determinante en el caso de bienes jurídicos individuales. Es decir, que la realización del tipo también constituiría una acción o un resultado *lesivos*, si bien estos no estarían orientados a concretos objetos típicos.

⁵² SCHÜNEMANN, *JA*, 1975, pp. 793 y 798 sostuvo que los delitos de peligro abstracto que protegieran además un *bien jurídico intermedio espiritualizado* constituían el puente con los delitos de lesión en sentido estricto y tenían un “desvalor propio” merecedor de pena. Con más detalle sobre la posición de este autor en la actualidad, vid. *infra*, sección 2.a).

⁵³ ROXIN, *AT*, I, 4ª, 2006, 11/161, subrayando sin embargo que en los delitos con bien jurídico intermedio espiritualizado el *desvalor de acción* es el único que fundamenta la punición.

⁵⁴ El concepto de *bienes jurídicos intermedios* no es sin embargo del todo unánime. Vid. por ejemplo SCHÜNEMANN, *JA*, 1975, pp. 793; TIEDEMANN, *JuS*, 1989, pp. 691; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, 1994, pp. 300-303; MATA Y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios*, 1997, pp. 21-34; MARTÍNEZ-

- (ii) por otro, rompe con la idea –tan frecuentemente defendida entre los representantes de la llamada Escuela de Frankfurt– de que, en general, los bienes jurídicos supraindividuales sólo podrían ser tutelados mediante delitos de peligro abstracto, en la medida en que su carácter difuso e indeterminado haría imposible su lesión o concreta puesta en peligro, por lo menos como consecuencia de una acción individual –entroncando aquí con los delitos acumulativos–⁵⁵.

Y así, esta corriente trata de poner de manifiesto que, allí donde habitualmente se dice que hay un peligro abstracto para bienes jurídicos individuales, lo que hay realmente es una lesión de un bien jurídico supraindividual o intermedio. Desde esta perspectiva podríamos hablar de un auténtico desvalor de resultado, si bien no se escapa –como ya se ha apuntado anteriormente– que algunos de los defensores de esta postura extraen de la antijuridicidad material el desvalor de resultado y sitúan al resultado jurídico en el ámbito de la punibilidad, como exigencia del principio de lesividad⁵⁶.

Con todo, debe aclararse en este momento que se trata esta de una postura en absoluto homogénea y que, muy a menudo, los autores susceptibles de ser encuadrados en ella lo serían *tan sólo parcialmente*, al matizar sus posiciones en general y su caracterización de los llamados delitos de peligro abstracto en particular en función del tipo de bien jurídico protegido –individual o supraindividual, con muy frecuentes subcategorías en el seno de estos últimos– o de la clase de actividades reguladas. El estudio detallado de tales posturas excedería los propósitos del presente trabajo, por lo que únicamente se expondrá en este bloque la postura de CORCOY BIDASOLO, que

BUJÁN, PG, 1998, pp. 98-107. Críticas a este concepto pueden encontrarse por ejemplo en MENDOZA BUERGO, Límites, 2001, pp. 478-483; HEFENDEHL, Kollektive Rechtsgüter, 2002, pp. 175-179.

⁵⁵ Vid. HASSEMER, ADPCP, 46, 1993, p. 70; MOCCIA, en: Silva Sánchez (ed.), LH-Roxin, 1997, pp. 122-123: «Si [...] se utilizan bienes de escasa aprehensibilidad [...] el ataque se diluye y se hace incomprensible, ya que su misma naturaleza convierte en ardua la tarea de individualización de precisos correlatos fenoménicos. El legislador deberá, pues, retroceder a fases preliminares del *iter* delictivo [...]»; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Anticipación, 1999, p. 38; SANTANA VEGA, Bienes jurídicos, 2000, p. 166: «Con los bienes jurídico-penales supraindividuales se asiste a la alteración regla-excepción entre lesión y puesta en peligro. En efecto, mientras que con relación a los bienes jurídico-penales individuales la regla contemplada para diseñar el tipo penal es la de delitos de lesión, en los bienes jurídico-penales supraindividuales ésta es la excepción»; CUESTA PASTOR, Delitos obstáculo, 2002, p. 83. También *describen* estas posturas, pero desde una posición *crítica*, BUSTOS RAMÍREZ, Control social, 1987, p. 198; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Delitos de peligro, 1993, p. 40; ACALE SÁNCHEZ, Tipo injusto, 2000, pp. 191-192; SOTO NAVARRO, Bienes colectivos, 2003, pp. 178 y 307.

⁵⁶ CORCOY BIDASOLO, Delitos de peligro, 1999, pp. 135-136, 143 (n. 296) y 148 (n. 308). En la referida nota 296 se afirma lo siguiente: «... la antijuridicidad material supone la infracción de la norma primaria, entendida como creación de un riesgo relevante para un bien jurídico-penal y la sancionabilidad, ámbito de la norma secundaria, requiere la lesividad entendida como lesión *ex post* del bien jurídico penal».

–como se ha avanzado– presenta la ventaja de ofrecer un análisis unitario desde esta perspectiva⁵⁷.

Así, según la teoría de CORCOY BIDASOLO debe negarse la existencia de “delitos de peligro” en la acepción tradicional del término y, con ella, la validez de la distinción entre “delitos de lesión” y “delitos de peligro” según sea la relación con el bien jurídico. Pues –añade–, según el bien jurídico, la única clasificación aceptable sería la de delitos en los que se protegen bienes jurídico-penales individuales y delitos en los que se protegen bienes jurídico-penales supraindividuales: de este modo, si los “delitos de lesión” suelen relacionarse con la lesión de un bien jurídico-penal individual, en los habitualmente llamados “delitos de peligro” se trataría en realidad de la *lesión* de un bien jurídico-penal supraindividual⁵⁸. Por lo tanto, no se podría afirmar ya que los delitos de peligro suponen realmente un adelantamiento de las barreras de protección penal, pues en ambos casos se trata de lesiones del bien jurídico, aunque de diferentes tipos⁵⁹.

A su vez, dentro de los delitos de peligro, se podría seguir distinguiendo en función de si, *además* del bien jurídico supraindividual protegido, se protege o no un bien jurídico individual:

- (i) cuando eso sucede, requiriendo junto con la lesión del bien jurídico supraindividual una concreta puesta en peligro del bien jurídico individual,

⁵⁷ De hecho, la posición de esta autora rompe también con la idea –defendida en alguna ocasión por algunos de los autores referidos al principio de este bloque– de que a determinados tipos de bienes supraindividuales, por sus especiales características y dada la ausencia de una causalidad lesiva “real”, no les debería resultar aplicable conceptualmente la categorización entre delitos de lesión, peligro concreto y peligro abstracto. Un caso notable en este sentido, bajo la influencia de su discípulo HEFENDEHL, es el de SCHÜNEMANN en relación con los “bienes institucionales”. Así, este autor distingue *grosso modo* entre *bienes jurídicos con objetos físicamente delimitables y lesionables (physisch abgrenzbare und verletzbare Objekte)*, de una parte, y de otra, *bienes jurídicos institucionales (institutionelle Rechtsgüter)*, que constituirían condiciones sociales cuyo mantenimiento sería indispensable para la convivencia pacífica en la sociedad. Con todo, también respecto de los bienes que protegen bienes jurídicos institucionales parece estar hablándose de un *desvalor de resultado* consistente en la infracción de las normas fundamentales de la institución. SCHÜNEMANN, en: von Hirsch/Seelman/Wohlens (eds.), *Mediating Principles*, 2006, pp. 24-25 = en: Robles Planas (ed.), *Límites*, 2012, p. 71; EL MISMO, ¡ultima ratio!, 2007; EL MISMO, en: VV.AA., *Cuestiones actuales*, 2008, pp. 14-15. Nótese que en la obra de 2007 citada la traducción utilizada para la primera clase de bienes es la de “objeto físicamente *individualizable* y lesionable”. En relación con la postura de HEFENDEHL a este respecto, vid. por ejemplo HEFENDEHL, en: Hefendehl/Hirsch/Wohlens (eds.), *Die Rechtsgutstheorie*, 2003, pp. 130-132 = El bien jurídico como eje material de la norma penal, en: Hefendehl (ed.), *Bien jurídico*, 2007, pp. 193-196.

⁵⁸ CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro*, 1999, pp. 143-144. Nótese que la autora rechaza la división entre delitos de peligro y de lesión sólo en cuanto a su relación con el bien jurídico protegido, pues entiende que seguiría siendo válida en un sentido estructural del tipo, según si este exige un resultado material de lesión o un resultado material de peligro. *Ibidem*.

⁵⁹ CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro*, 1999, p. 371.

estaríamos ante lo que tradicionalmente se ha llamado delitos de peligro concreto; en ellos se tipificaría una tentativa de lesión *imprudente* del bien individual;

- (ii) sin embargo si el tipo sólo requiere la lesión del bien jurídico supraindividual, estamos ante los clásicos delitos de peligro abstracto⁶⁰.

Se trata en ambos casos de delitos autónomos, que protegen unos bienes jurídico-penales específicos y poseen una antijuridicidad material propia⁶¹. Como resultado de este análisis, CORCOY llega a la conclusión de que los delitos de peligro «sólo están legitimados si, en todos ellos, se trata de proteger un bien jurídico supraindividual, del que se pruebe, en el caso concreto, que ha sido puesto en peligro *ex ante* y que ha resultado lesionado, desde una perspectiva *ex post*»⁶². Si, por el contrario, se pusiera el foco en el bien jurídico-penal individual, habría que afirmar que la técnica legislativa de los delitos de peligro no estaría legitimada, al vulnerar el principio de lesividad⁶³.

Cabe aclarar aquí que para CORCOY los bienes jurídico-penales supraindividuales son derechos o intereses de una colectividad, es decir, de titularidad compartida, con un potente referente individual pero con autonomía suficiente como para no quedar eclipsados por otro bien jurídico individual. Servirían a la persona de dos maneras: (i) de una parte, mediante la protección de su seguridad y confianza en el buen funcionamiento y en el nivel de riesgo de las distintas actividades en las que se ve involucrada como miembro de esa sociedad; (ii) de otra, mediante la tutela de ciertos colectivos considerados habitualmente más vulnerables por su naturaleza o su concreta situación social⁶⁴. Es decir que, como ella misma reconoce, no se trata de “inventarse” bienes jurídicos para legitimar estos delitos, sino de determinar: (i) en cada precepto, si realmente con él se protege un interés merecedor de protección penal y (ii) analizar si en

⁶⁰ CORCOY BIDASOLO, Delitos de peligro, 1999, pp. 48-49, 206-207 y 144-145.

⁶¹ CORCOY BIDASOLO, Delitos de peligro, 1999, pp. 48-49.

⁶² CORCOY BIDASOLO, Delitos de peligro, 1999, pp. 217-218.

⁶³ CORCOY BIDASOLO, en: Mir Puig (dir.), Derecho penal, 2007, pp. 368-369.

⁶⁴ CORCOY BIDASOLO, Delitos de peligro, 1999, pp. 203-208. En especial, aclara: «La diferenciación propuesta por un sector doctrinal entre delitos con referente a bienes jurídicos individuales y sin referente, no puede ser adoptada en este trabajo, por cuanto, esta distinción supone no reconocer autonomía propia a los delitos de peligro abstracto que se clasifican como “orientados a la protección de bienes jurídicos individuales o suficientemente individualizados”, ya que, en estos delitos, según su concepción, el bien jurídico individual no tiene una función de referente, sino que, en la práctica, es el único bien jurídico-penal protegido. Respecto del otro grupo de delitos, en los que se consideran que se protegen bienes jurídicos supraindividuales no reconducibles a bienes jurídicos individuales, se suscita el problema opuesto de la posible falta de referente individual en estos casos, que desde la concepción defendida en esta sede tampoco es aceptable [sic]». *Idem*, p. 207.

el caso concreto el comportamiento ha afectado de hecho al bien jurídico protegido⁶⁵. Si en un tipo penal no existe tal bien jurídico-penal supraindividual digno de protección penal –ni siquiera a través de una interpretación teleológica–, el tipo no estará legitimado, como tampoco lo estará un tipo que aparentemente proteja bienes jurídicos individuales, pero en los que falte el merecimiento y la necesidad de pena⁶⁶.

De este modo, y según se ha avanzado, CORCOY toma posición abiertamente contra esa idea de que los bienes jurídicos supraindividuales sólo pueden ser protegidos por delitos de peligro abstracto⁶⁷. Se trataría ésta de una idea incorrecta, inducida por la habitual identificación de la lesión del bien jurídico con su destrucción. Sin embargo –sostiene CORCOY–, la destrucción total del bien jurídico no se produciría en realidad en prácticamente ningún delito –ni siquiera en los delitos con sustrato material–, salvo en el homicidio. Por eso sería más correcto a su juicio entender la lesión exigida por el principio de lesividad como *afectación del bien jurídico*⁶⁸, afectación que sólo tendría lugar cuando *ex ante* la conducta sea idónea para lesionar el bien jurídico y *ex post* se compruebe que la lesión es *imputable* al peligro típico⁶⁹. El hecho de que en los delitos de peligro abstracto no se produzca un resultado material en sentido estricto dificulta la determinación de la lesión, pero –apunta– la afectación del objeto del delito –como un resultado *sui generis*– podría cumplir una función análoga de seguridad jurídica que la que se atribuye al resultado de lesión, sin olvidar el papel que le corresponde a los tribunales en cuanto se vayan creando referentes jurisprudenciales⁷⁰.

⁶⁵ CORCOY BIDASOLO, Delitos de peligro, 1999, p. 218. Además, CORCOY entiende que su postura es diferente de la de KINDHÄUSER en que este último no atribuye un contenido de injusto propio a los delitos de peligro abstracto, al carecer estos en su concepción de una lesión de un bien jurídico. Para CORCOY, la seguridad en la libre disposición de los bienes individuales se equipara a la efectiva peligrosidad de la conducta. Y aclara que, cuando ella habla de la seguridad y la confianza como bienes protegidos en estos delitos no es en relación con la libre disposición de determinados bienes individuales sino como un bien jurídico penal en sí mismo, es decir, como una expectativa de que no se sobrepase el riesgo permitido en determinadas actividades peligrosas o como una confianza en el buen funcionamiento de las instituciones”. *Idem*, p. 219.

⁶⁶ CORCOY BIDASOLO, Delitos de peligro, 1999, p. 218, n. 462. La referencia a la interpretación teleológica de los tipos en función de ese referente individual es mencionada en *Idem*, p. 205.

⁶⁷ *Vid. supra*.

⁶⁸ CORCOY BIDASOLO, Delitos de peligro, 1999, pp. 219-220: «“Lesión” del bien jurídico, en el sentido de destrucción de éste, no de destrucción o menoscabo del objeto material, se produce en muy pocos delitos, puesto que en la mayoría de supuestos hay una “afectación” del bien jurídico pero no una “lesión”»; LA MISMA, en: Mir Puig (dir.), Derecho penal, 2007, pp. 376-377.

⁶⁹ CORCOY BIDASOLO, Delitos de peligro, 1999, p. 372.

⁷⁰ CORCOY BIDASOLO, Delitos de peligro, 1999, pp. 165-170, 206, 371-372.

b) ¿Otro resultado jurídico diferente a la lesión?

El resultado jurídico de “lesión” de un bien jurídico, con los matices ya señalados, no es el único que se ha defendido. En este sentido, algunos autores han puesto de manifiesto la existencia de un desvalor de resultado de peligro o, en términos menos ambiguos, de *puesta en peligro*, a los que nos referiremos a continuación.

La presunción rebatible del peligro

Se trata aquí de posturas que, partiendo de las teorías de la peligrosidad abstracta o del peligro abstracto anteriormente mencionada –en su versión pura o mixta–, intentan evitar sus efectos negativos. Uno de los representantes más conocidos de esta línea es SCHRÖDER.

En efecto, SCHRÖDER considera legítimas tanto la tipificación por el legislador de conductas generalmente peligrosas, por su tendencia a producir peligros sobre intereses protegidos, como la existencia de presunciones de peligro. Sin embargo, es consciente de las críticas que se realizan a los delitos de peligro abstracto y, muy en particular, la relativa a la aplicación del tipo incluso en casos en los que no se ha causado el más mínimo peligro, lo que los convertiría en tipos de mera sospecha o de mera desobediencia⁷¹.

Por eso, SCHRÖDER considera que la presunción legislativa de la peligrosidad que tiene lugar en los delitos de peligro abstracto no siempre es irrefutable, y que existen casos en los que el tribunal puede aceptar la prueba en contrario de la misma cuando el hecho no haya conducido a ninguna *puesta en peligro*, en cuyo caso el tipo no sería aplicable. Cuando sea admisible –es decir, cuando se trataría de una mera presunción *iuris tantum*– y cuando no, sería –dice SCHRÖDER– cuestión de interpretación del tipo concreto, pero, a modo de directriz, propone que la prueba en contra de la peligrosidad sea admitida cuando el tipo proteja objetos concretos y determinados, en los cuales sea fácilmente averiguable si han sido *de hecho* puestos en peligro. Cuando se trate de delitos contra la colectividad o que protejan objetos que en el momento del hecho no estén todavía bien determinados o no sean determinables, deberá tolerarse la presunción establecida por el legislador⁷².

⁷¹ SCHRÖDER, ZstW, 1969, pp. 14-16.

⁷² SCHRÖDER, ZstW, 1969, pp. 16-17.

Así pues, como ya se ha avanzado, al insistir en la prueba de la *puesta en peligro* se estaría haciendo hincapié en el *desvalor de resultado* que también concurriría en los delitos de peligro abstracto, si bien ya no se trataría de un resultado jurídico de lesión como en el caso anterior⁷³. De este modo, aun compartiendo la idea común de la presunción *iuris tantum*, esta postura se diferencia de aquellas otras –expuestas más adelante– que la hacen recaer sobre la peligrosidad objetiva *ex ante*, esto es, sobre el *desvalor de acción* y no de resultado⁷⁴.

Los problemas que plantea esta interpretación de los delitos de peligro han sido puestos de manifiesto por numerosos autores: de recaer la carga de la prueba sobre el acusado, esta presunción *iuris tantum* constituiría una presunción contraria al principio procesal *in dubio pro reo*⁷⁵; por el contrario, de deberse constatar sistemáticamente la peligrosidad individual de la conducta del autor, todos los delitos de peligro abstracto se convertirían, de hecho, en delitos de peligro concreto o, como mínimo, delitos de aptitud⁷⁶.

2. La ausencia de un resultado jurídico comprobable *ex post*: el desvalor de acción de los delitos de peligro abstracto

Ya en un segundo bloque, podemos ubicar a las posturas –mayoritarias– que descartan la presencia de un resultado jurídico en los delitos de peligro abstracto, ya sea configurado como desvalor de resultado o como condición objetiva de punibilidad, pero que sin embargo insisten en su desvalor de acción. A su vez, dentro de este gran sector hay diferentes fundamentaciones, muchas de ellas mixtas, entre las que cabe destacar las que reconducen esta categoría de delitos a la imprudencia y las que insisten en exigir una peligrosidad *ex ante*, a menudo en el marco de la imputación objetiva.

⁷³ Se ha discutido si la prueba en contrario se refiere a la producción de resultado *ex post* o a la peligrosidad de la conducta *ex ante*, pues lo cierto es que SCHRÖDER también habla de la presunción de la peligrosidad. Sin embargo, y como han apuntado otros autores, sus referencias a la constatación de una puesta en peligro parecen indicar un enfoque sobre el resultado *ex post*. Sigue esta interpretación RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, 1994, p. 270, n. 199.

⁷⁴ Vid. *infra*, 2.b).

⁷⁵ HORN, *Konkrete Gefährungsdelikte*, 1973, pp. 27-28; SCHÜNEMANN, JA, 1975, p. 797; TORÍO LÓPEZ, ADPCP, 34, 1981, pp. 826-827; ROXIN, AT, 1992, 11/120.

⁷⁶ HORN, *Konkrete Gefährungsdelikte*, 1973, pp. 27-28; SCHÜNEMANN, JA, 1975, p. 797; ROXIN, AT, 1992, 11/120; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, 1994, p. 269. SCHÜNEMANN, en: VV.AA., *Cuestiones actuales*, 2008, p. 25 retoma estas críticas, si bien se ha detectado un error de traducción en el texto. Así, donde esa traducción indica «Se exige en cambio que el autor tenga que demostrar sin excepción, la peligrosidad individual de su actuación [...]» se hace en realidad referencia a la hipótesis de que la peligrosidad individual de su actuación deba quedarle demostrada sin excepción al autor, pero no por este último («fordert man hingegen, dass dem Täter die individuelle Gefährlichkeit seines Tuns ausnahmslos nachgewiesen werden müsse, [...]»: «si se exige en cambio que tenga que quedarle demostrada al autor sin excepción la peligrosidad de su actuar ...»).

a) *La reconducción a la imprudencia*

En efecto, uno de las corrientes más seguidas tanto por la doctrina alemana como por la doctrina española es que la reconduce el injusto material de los delitos de peligro abstracto al desvalor de acción propio del delito imprudente pero sin un resultado de lesión que lo acompañe.

Precisamente, muchos autores han puesto de manifiesto que lo que se pretende al tipificar delitos de peligro abstracto es lidiar con el castigo de las conductas peligrosas imprudentes respecto del eventual resultado de lesión, pero sin tener que esperar a que ese resultado se produzca, en buena parte debido a la importancia del bien jurídico protegido y la enorme relevancia lesiva –habitualmente colectiva– que tal resultado podría llegar a tener, de producirse. Como vemos, se retorna aquí de nuevo a la idea de la anticipación de la tutela penal⁷⁷. Pero, más allá de la explicación del origen de estos delitos, desde estas corrientes se pretende dotarlos de un fundamento sólido en lo que a su injusto material se refiere, fundamento que remite al del injusto imprudente.

En este sentido, son de destacar en Alemania las posturas de HORN y BREHM, aunque con antecedentes en RUDOLPHI⁷⁸. Para limitar la punición de una acción que pertenece a una clase de acciones generalmente peligrosas, estos dos primeros autores requieren, además de la realización de la conducta descrita en la norma penal, la infracción del deber objetivo de cuidado respecto de la lesión o puesta en concreto peligro del bien jurídico, que –según HORN– estaría «tipificada a modo de ejemplo», pero tendría que ser demostrada en el caso concreto⁷⁹. En especial, BREHM enfatiza la necesidad de corregir el tipo –como a su juicio se haría en otros grupos de casos– para exigir la concreta aptitud *ex ante* de la acción para provocar una lesión, medida según el parámetro del hombre medio, cuidadoso y razonable y teniendo en cuenta además los

⁷⁷ Vid. por ejemplo RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, 1994, pp. 6-7.

⁷⁸ RUDOLPHI, en: FS-Maurach, 1972, p. 60 sostiene para, los casos problemáticos, la pertinencia de realizar una reducción del ámbito de aplicación del tipo en sentido teleológico, exigiendo «al menos imprudencia» respecto de la lesión o del peligro concreto. En España podría destacarse por ejemplo a RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, 1994, pp. 297-322 y 338-340 en cuanto a los delitos de peligro abstracto que protegen *bienes individualizables o determinables*: en ellos, enlazando también con las posturas que se verán *infra*, «[e]s necesaria la constatación de la efectiva peligrosidad de la conducta, que puede reconducirse a la exigencia de infracción del deber objetivo de cuidado en relación con la eventual lesión de esos bienes jurídicos (imprudencia)». *Idem*, p. 339. Ello supondría adelantar la tutela a casos de imprudencias sin resultado de lesión y, en la medida en que tal peligrosidad estaría integrada tácita o expresamente en el tipo objetivo, requeriría imputación subjetiva.

⁷⁹ BREHM, *Dogmatik*, 1973, pp. 7-8, 89-91, 127, 131-132, 159; HORN, *Konkrete Gefährdungsdelikte*, 1973, pp. 22-23, 27-28 y 94-95. Dudando de que HORN realmente exija la comprobación de infracción del deber objetivo de cuidado, como parece afirmar al principio, vid. MENDOZA BUERGO, *RDPCrim*, 9, 2002, pp. 212-213.

eventuales conocimientos especiales del autor en relación con la adecuación de su conducta⁸⁰. Y así, como se ha avanzado, los delitos de peligro abstracto serían equiparables a delitos imprudentes –o una modalidad de estos–, diferenciados únicamente por la falta de exigencia en los primeros de un resultado de lesión de cara a su *punibilidad*⁸¹, motivo este por el que podrían ser caracterizados como una especie de *tentativas imprudentes*⁸².

Lo anterior sólo sería sin embargo aplicable para BREHM cuando el fin de la norma sea el de proteger de manera inmediata bienes jurídicos. Pues, si el fin directo de la norma fuera el de proteger un “interés abstracto” –aunque mediatamente protegiera bienes jurídicos–, el tipo pasaría a desempeñar una función primaria de ordenación y regulación –esto es, de creación y mantenimiento de un estado regulado– y la sanción quedaría justificada por la mera realización de la conducta prohibida, prescindiéndose así de la antijuridicidad material y de la referencia al ataque al bien jurídico⁸³.

Siguiendo la estela de ambos autores está SCHÜNEMANN. Consciente de la legitimación cuestionable de la teoría de la peligrosidad general en relación con el principio de ofensividad, y con el objetivo materializar el injusto de los delitos de peligro abstracto, SCHÜNEMANN retoma la idea planteada por BREHM de las tentativas imprudentes y pone especial énfasis en su dimensión colectiva. Sin embargo, insiste en que la infracción de la norma de cuidado o diligencia debida ha de valorarse no sólo conforme a criterios objetivos sino también según *criterios subjetivos* (en línea con la idea de una tentativa inidónea imprudente): por ese motivo, cabría exigir responsabilidad cuando el autor dejase de cumplir todas las medidas de precaución que

⁸⁰ BREHM, Dogmatik, 1973, pp. 7-8, 106-115, 126-133, 146, 159. A ello habría que añadir la imputación subjetiva de la infracción del deber de cuidado en sede de *culpabilidad*, exigiendo que esta le sea reprochable al autor al haberse podido comportar, según sus capacidades individuales, conforme al deber. *Idem*, pp. 133-137.

⁸¹ BREHM, Dogmatik, 1973, pp. 126-127, 133-134; HORN, Konkrete Gefährungsdelikte, 1973, pp. 22-23. Nótese que, para ambos autores, el resultado jurídico del que carecerían los delitos de peligro abstracto queda ubicado en cualquier caso fuera de la antijuridicidad, en el ámbito de la responsabilidad (*Haftung*) o punibilidad. Así, el fundamento de la antijuridicidad sería la infracción de un deber de conducta. BREHM, Dogmatik, 1973, pp. 90-97 y 123-126; HORN, Konkrete Gefährungsdelikte, 1973, p. 97.

⁸² BREHM, Dogmatik, 1973, p. 137.

⁸³ BREHM, Dogmatik, 1973, pp. 8, 137-143, 153. Nótese que también en estos casos admite BREHM la infracción de la prohibición en circunstancias excepcionales (equiparables al estado de necesidad), siempre que no se trate de prohibiciones de carácter ejecutivo, en las que el sujeto quedaría privado de utilizar su propio juicio en el caso concreto.

a su juicio serían necesarias, aunque de hecho las medidas adoptadas fueran, objetivamente consideradas, suficientes para evitar el peligro⁸⁴.

Por el contrario –sostiene SCHÜNEMANN en otras obras–, si la conducta prohibida por la ley fuera eventualmente inocua en el caso concreto, al haber tomado el agente medidas de precaución, entonces cabría efectuar una reducción teleológica del tipo para evitar la fricción con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos⁸⁵. Ya en una perspectiva de política legislativa, y con ese mismo objetivo, aboga sin embargo por la creación directamente de tipos de peligro abstracto-concreto o de idoneidad⁸⁶.

Sea como fuere, lo que a su juicio legitima el adelantamiento de la tutela penal a momentos anteriores a la lesión e incluso al peligro concreto es el hecho de que la sociedad actual haya dejado atrás el modelo de intercambios basados en relaciones personales, constantes y abarcables, que facilitaban la identificación de los cursos causales lesivos. Muy al contrario, la sociedad globalizada actual supondría cadenas de distribución complejas, masivas y anonimizadas que dificultarían la identificación de los referidos cursos causales y podrían conllevar, como ya se ha mencionado, una alta peligrosidad al disponer precisamente de una dimensión colectiva⁸⁷.

⁸⁴ SCHÜNEMANN, JA, 1975, p. 798; EL MISMO, en: VV.AA., Cuestiones actuales, 2008, p. 25. Con esta posición se muestra conforme ROXIN, AT, 2ª, 1994, 11/121. En contra, vid. MENDOZA BUERGO, Límites, 2001, pp. 225-227. Por otro lado, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Delitos de peligro, 1994, pp. 282-284, n. 254, 258 y 264 pone de manifiesto que la exigencia de imputación subjetiva ya había sido formulada por BREHM al hilo de sus consideraciones sobre los conocimientos especiales y la reprochabilidad individual en sede de culpabilidad. No obstante, cabe remarcar que BREHM parece utilizar ambos argumentos para *excluir* la responsabilidad del autor (es decir, con eficacia negativa: el autor quedaría exento de pena si tenía conocimientos especiales sobre la *inadecuación* de su conducta para producir la lesión, en el primer caso, o si dadas sus capacidades individuales *no le fuera reprochable* el haber *incumplido* el deber objetivo de conducta, en el segundo); en cambio, en el caso de SCHÜNEMANN el criterio subjetivo se aplica para *exigir* responsabilidad: así, un sujeto que haya *cumplido* el deber objetivo de cuidado pero *no* su deber *subjetivo* en relación con sus capacidades individuales sería en principio responsable penalmente.

⁸⁵ SCHÜNEMANN, en: von Hirsch/Seelman/Wohlens (eds.), Mediating Principles, 2006, p. 28 = en: Robles Planas (ed.), Límites, 2012, p. 76; EL MISMO, ¡ultima ratio!, 2007. Una interpretación coherente de su postura a lo largo del tiempo entendería que las medidas de precaución que hacen inocua la conducta son las que responden tanto al deber *objetivo* como *subjetivo* de cuidado, si bien en estas obras no se hace expresa mención a ello. Lo que es más, al reconocer la posibilidad de esta reducción teleológica del tipo, SCHÜNEMANN parece recaer en el dilema que le atribuía a la presunción *iuris tantum* de SCHRÖDER ya mencionada *supra*, si bien ya no respecto del desvalor de resultado sino del desvalor de acción. De este modo, esta clase de delitos de peligro abstracto (es decir, exceptuando las acciones en masa y los delitos con bienes jurídicos institucionales) se convertirían por vía interpretativa en delitos de peligro abstracto-concreto, lo que parece ser la intención del autor.

⁸⁶ SCHÜNEMANN, en: von Hirsch/Seelman/Wohlens (eds.), Mediating Principles, 2006, p. 28 = en: Robles Planas (ed.), Límites, 2012, p. 76.

⁸⁷ SCHÜNEMANN, GA, 1995, pp. 211-212 = ADPCP, 49, 1996, pp. 198-200; EL MISMO, en: von Hirsch/Seelman/Wohlens (eds.), Mediating Principles, 2006, pp. 28-29 = en: Robles Planas (ed.), Límites, 2012, pp. 76-77; EL MISMO, en: VV.AA., Cuestiones actuales, 2008, p. 20. Características fácilmente identificables en la circulación de alimentos y en las inversiones de capital en el mercado de capitales.

De hecho, a la hora de legitimar los delitos de peligro abstracto, resulta muy importante para SCHÜNEMANN identificar lo que ha llamado el «punto de conexión colectivo» (*die kollektive Schaltstation*) de la conducta, que se deduciría lógicamente del principio de *ultima ratio* del Derecho penal. Aunque en sus trabajos no lo haya desarrollado teóricamente con excesivo detalle, este punto de conexión colectivo vendría a equipararse a una suerte de «punto neurálgico», de momento decisivo en el que debe intervenir el Derecho penal para garantizar la protección de los bienes jurídicos en la sociedad moderna –esto es, teniendo en cuenta esas cadenas de distribución colectivas, complejas y anonimizadas–, más allá del cual el curso causal devendría incontrolable pero antes del cual tal protección penal adelantada no podría calificarse todavía de verdaderamente necesaria⁸⁸. Se podría decir que su razonamiento dotaría al desvalor de la acción presente en los delitos de peligro abstracto de una gravedad que, como mínimo, compensaría el déficit de un desvalor de resultado⁸⁹. De carecer la conducta descrita en el tipo de tal punto de conexión colectivo, el delito de peligro abstracto en cuestión no sólo sería ilegítimo sino, de hecho, inconstitucional, por vulnerar el principio de *ultima ratio*⁹⁰.

En cualquier caso, SCHÜNEMANN propone que para la creación de esta clase de delitos se reúnan una serie de criterios sumados a los anteriormente mencionados: (i) la ausencia de un interés social o individual justificado (ii) la definición de la norma de comportamiento; y (iii) la proporcionalidad⁹¹.

Así pues, la expansión de esta categoría de delitos supondría, en este ámbito y bajo tales requisitos, una modernización necesaria del Derecho penal, sin la cual no se

⁸⁸ SCHÜNEMANN, GA, 1995, p. 213 = ADPCP, 49, 1996, pp. 200-201; EL MISMO, en: von Hirsch/Seelman/Wohlers (eds.), *Mediating Principles*, 2006, p. 29 = en: Robles Planas (ed.), *Límites*, 2012, p. 77: «Sin duda se malinterpretaría el planteamiento aquí esbozado si en él se viera una liberación total para la creación de delitos de peligro abstracto según la oportunidad política, pues, mediante la exigencia que he calificado “punto de dispersión colectivo”, se garantiza que la intervención del Derecho penal también sea realmente necesaria y no sólo impuesta en el proceso legislativo por potentes grupos de intereses». Otras traducciones han optado por el término “punto de referencia colectivo”: EL MISMO, en: VV.AA., *Cuestiones actuales*, 2008, p. 20.

⁸⁹ Así lo hace por ejemplo GRACIA MARTÍN, *RDPCrim*, 3, 2010, p. 70, siguiendo una línea argumental muy parecida a la de SCHÜNEMANN.

⁹⁰ SCHÜNEMANN, en: von Hirsch/Seelman/Wohlers (eds.), *Mediating Principles*, 2006, p. 29 = en: Robles Planas (ed.), *Límites*, 2012, p. 77.

⁹¹ SCHÜNEMANN, GA, 1995, pp. 213-214 = ADPCP, 49, 1996, p. 200; EL MISMO, en: von Hirsch/Seelman/Wohlers (eds.), *Mediating Principles*, 2006, pp. 27-29 = en: Robles Planas (ed.), *Límites*, 2012, p. 75-78; EL MISMO, en: VV.AA., *Cuestiones actuales*, 2008, p. 20.

lograría el objetivo de protección de bienes jurídicos⁹².

Cabe señalar, sin embargo, que todo lo anterior no resultaría aplicable para SCHÜNEMANN cuando se esté en alguna de estas dos situaciones:

- (i) Cuando nos encontremos ante delitos que protejan *bienes institucionales*, que constituirían condiciones sociales cuyo mantenimiento sería indispensable para la convivencia pacífica en la sociedad, y entre los que se incluirían también los bienes intermedios espiritualizados (p. ej., la soberanía estatal en el tráfico de drogas)⁹³. Dado que estos bienes carecerían por definición de objetos físicamente delimitables y lesionables, el objeto de estos delitos no lo constituiría ni una auténtica lesión ni una concreta o abstracta puesta en peligro del bien jurídico –pues no habría una causalidad lesiva *real*–, sino más bien la quiebra de las normas o condiciones *fundamentales* necesarias para la validez social de la institución o, en otras palabras, el respeto a la misma. En ese sentido, cualquier infracción particular de estas normas fundamentales, aun no susceptible de quebrantar la institución *per se*, representaría ya un injusto (de resultado) merecedor de pena, en tanto que símbolo en la sociedad entera de la anulación de la obediencia frente a la institución⁹⁴. Esta configuración del delito lo liberaría de los problemas de legitimidad propios de los delitos de peligro abstracto anteriormente mencionados, pero se enfrentaría a otros diferentes, como la aceptación de la institución como bien jurídico-penal –evitando bienes jurídicos aparentes–, la identificación de sus normas fundamentales –merecedoras en todo caso de pena– frente a otras únicamente de apoyo y, en todo caso, la apertura de espacios de impunidad ante infracciones mínimas o socialmente adecuadas⁹⁵.

⁹² SCHÜNEMANN, GA, 1995, pp. 213-214 = ADPCP, 49, 1996, p. 200; EL MISMO, en: von Hirsch/Seelman/Wohlers (eds.), *Mediating Principles*, 2006, p. 29 = en: Robles Planas (ed.), *Límites*, 2012, p. 77.

⁹³ En algunas de sus últimas obras sobre esta cuestión, SCHÜNEMANN se ha referido expresamente a los bienes jurídicos intermedios como un tipo de bienes institucionales. SCHÜNEMANN, en: HEFENDEHL, R. (ed.), *Bien jurídico*, 2007, pp. 223-224; EL MISMO, en: VV.AA., *Cuestiones actuales*, 2008, p. 17 («A un bien jurídico institucional tal, que al fin y al cabo sirve indirectamente para la protección de otros bienes jurídicos, lo denomino “bien jurídico intermedio”») y 25.

⁹⁴ SCHÜNEMANN, en: von Hirsch/Seelman/Wohlers (eds.), *Mediating Principles*, 2006, pp. 24-26 = en: Robles Planas (ed.), *Límites*, 2012, pp. 71-74; EL MISMO, en: VV.AA., *Cuestiones actuales*, 2008, pp. 13-17. De este modo, podría decirse que las referencias a la “lesión” del bien intermedio han de interpretarse para este autor en un sentido amplio, no vinculado a una causalidad lesiva real del objeto del delito sino a la infracción de las normas fundamentales de la institución.

⁹⁵ Algunas de estas cuestiones quedan esbozadas en SCHÜNEMANN, JA, 1975, pp. 793 y 798; EL MISMO, en: HEFENDEHL, R. (ed.), *Bien jurídico*, 2007, pp. 223-224; EL MISMO, en: VV.AA., *Cuestiones actuales*, 2008, pp. 15-17, 21-25.

- (ii) Cuando se trate de “*acciones en masa*”, en la línea ya planteada por BREHM, aunque con distinta terminología. Así, en esta clase de delitos de peligro abstracto –por ejemplo, en materia de tráfico viario– la norma poseería una función de ordenación y aprendizaje social que impediría plantear restricciones teleológicas en los términos ya expuestos, pues sólo a través de la aplicación automática de reglas rígidas sin excepción sería posible evitar ciertos comportamientos descuidados y peligrosos⁹⁶.

b) *La exigencia de peligrosidad ex ante y la imputación objetiva*

Por último, cabe destacar una de las posturas que más popularidad tiene en España en relación con la fundamentación de los delitos de peligro abstracto, consistente en la exigencia de *peligrosidad ex ante* del comportamiento individual en el caso concreto. Es decir, que para afirmar la tipicidad no bastaría con la realización de la conducta descrita en el tipo penal, perteneciente a una clase de comportamientos estadísticamente peligrosos, sino que habría que exigir por vía interpretativa que el comportamiento en el caso concreto fuera de hecho peligroso objetivamente *ex ante*, o en otras palabras, idóneo en el momento de la acción para producir el menoscabo lesivo aunque no se requiera tampoco una concreta puesta en peligro *ex post*. De este modo, a pesar de la ausencia de un desvalor de resultado en el injusto material, se garantizaría la existencia de un verdadero desvalor (objetivo) de acción⁹⁷. Ello cuando no se afirma, junto con ese desvalor de acción, la existencia de un “desvalor *potencial* de resultado” derivado de la posibilidad de que en la situación concreta se hubiera podido producir un peligro efectivo para el bien jurídico⁹⁸.

Como ha puesto de manifiesto RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, este planteamiento se presenta sin embargo de dos maneras diferentes según los autores: (i) bien atribuyéndole una eficacia exclusivamente negativa, o bien (ii) una eficacia positiva, que debería ser comprobada por el juez en cada supuesto de hecho concreto⁹⁹.

Así, en los primeros casos –entre los que cabría destacar por ejemplo a LUZÓN PEÑA– la peligrosidad de la conducta descrita en el tipo existiría por regla general, salvo

⁹⁶ SCHÜNEMANN, JA, 1975, p. 798; EL MISMO, en: VV.AA., Cuestiones actuales, 2008, pp. 17 y 25. Le sigue ROXIN, AT, I, 1992, 11/125. Sobre la postura de BREHM, vid. *supra*.

⁹⁷ Cfr. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Delitos de peligro, 1994, p. 291. Cabe señalar sin embargo que, según algunas de las posturas que se han visto ya, un desvalor de acción de peligrosidad no sería compatible con el principio de lesividad, si no va acompañado de un resultado jurídico de afectación del bien jurídico.

⁹⁸ TORÍO LÓPEZ, ADPCP, 34, 1981, p. 846; LAURENZO COPELLO, El resultado, 1992, pp. 180-181.

⁹⁹ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Delitos de peligro, 1994, p. 291.

que el autor probase que en el momento del hecho sabía con seguridad que su conducta no produciría un daño y que éste, además, no se produjo. Se trataría en definitiva de un regreso a la idea de la presunción *iuris tantum* –al entender que lo contrario sería contrario al principio de ofensividad–, pero con el enfoque puesto en el desvalor de acción en lugar de en el desvalor de resultado del que hablara SCHRÖDER. Y así, podría hablarse desde esta perspectiva de delitos de peligrosidad tácita –los tradicionalmente llamados delitos de peligro abstracto “puros”– y peligrosidad expresa –los delitos de aptitud o peligro “abstracto-concreto”–¹⁰⁰. En palabras de LUZÓN PEÑA:

«En los delitos de peligro abstracto la peligrosidad puede ser expresa o tácita: *Peligrosidad tácita* existe en tipos que no mencionan expresamente la peligrosidad; ésta es sólo generalmente inherente a la conducta o es la *ratio legis* de la tipificación [...]. Pero en virtud del principio de ofensividad (ex art. 1 CE), *admiten en el caso concreto prueba en contrario*, prueba de la no peligrosidad en ese caso. Por eso: contra lo que sostiene un sector, **no son delitos de peligro presunto** (presunción *iuris et de iure*), sino sólo contienen una presunción *iuris tantum*»¹⁰¹.

En cuanto a los segundos casos, se trata de entender la peligrosidad *ex ante* como un elemento del injusto material que debería ser comprobado por el juez *en cada caso*.

Esta exigencia supone hacer extensivo a los delitos de peligro abstracto puros uno de los elementos característicos de los delitos de peligro abstracto-concreto, también llamados de aptitud. Así, no sólo se propone en el futuro optar por una redacción del texto legal que incluya expresamente los elementos de aptitud sino también, de *lege lata*, una interpretación teleológica –dentro de los límites del principio de legalidad– que restrinja el tipo para conformarlo al principio de ofensividad. En esta línea se ubica la propuesta de TORÍO LÓPEZ, que popularizó la expresión “delitos de peligro hipotético”¹⁰² para referirse a delitos de peligro abstracto que reclaman expresa o tácitamente la peligrosidad de la conducta¹⁰³.

No todos aceptan esta opción interpretativa, sin embargo. Es el caso por ejemplo de CEREZO MIR, quien arguye que tal interpretación sería de *lege lata* incoherente con

¹⁰⁰ Cfr. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, 1994, pp. 291-293. En la línea de la presunción *iuris tantum* del peligro se pronunció la Asociación Internacional de Derecho Penal en su X Congreso, celebrado en Roma en 1969. Vid. ASSOCIATION INTERNATIONALE DE DROIT PÉNAL, *RIntDP*, 1970, pp. 9-11.

¹⁰¹ LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, 2ª, 2012, 12/47 e.r.c.18/53. En cursiva y negrita en el original. Vid. también LUZÓN PEÑA, en: Cano Campos/Carbonell Mateu/de Llera/Luzón Peña/Martínez Arrieta, *Derecho penal*, 2007, pp. 32-33.

¹⁰² TORÍO LÓPEZ, *ADPCP*, 34, 1981, p. 828: «en los que el tipo no reclama tampoco, a diferencia de lo que sucede en los delitos de peligro concreto, la producción de un peligro efectivo, pero sí una acción apta para producir un peligro del bien jurídico como elemento material integrante del tipo de delito».

¹⁰³ TORÍO LÓPEZ, *ADPCP*, 34, 1981, pp. 841-842: «Los tipos de los delitos de peligro se caracterizan por reclamar, bien formalmente –como en los llamados delitos de peligro abstracto-concreto- bien mediante interpretación, una acción peligrosa como exigencia del tipo».

texto legal, precisamente por ese hecho de convertir todos los tipos de peligro abstracto puro en delitos de aptitud¹⁰⁴. De *lege ferenda* defiende sin embargo la transformación de esta categoría de delitos en delitos de aptitud, aunque limitada exclusivamente a los delitos de peligro que defiendan bienes colectivos –entendidos para este autor como bienes intermedios y meramente instrumentales para la protección de bienes individuales–. Por el contrario, si los bienes protegidos fueran realmente supraindividuales –como los delitos contra la Administración Pública y la Administración de Justicia– debería a su juicio bastar con la mera realización de la acción descrita en el tipo, por motivos de prevención general, pues en estos casos –sostiene CEREZO– el sujeto no puede enjuiciar cuándo su conducta pone en peligro el bien jurídico. Vemos una vez más que las conclusiones a las que los autores llegan de modo general suelen encontrar excepciones cuando de bienes jurídicos supraindividuales –o institucionales– se trata, con conclusiones en absoluto similares.

Dentro de estas corrientes que exigen peligrosidad *ex ante* de la conducta individual se encuentran autores que insertan expresamente sus reflexiones en la teoría de la imputación objetiva, como es el caso por ejemplo del ya referido TORÍO LÓPEZ¹⁰⁵ y de MENDOZA BUERGO. Como explica y también defiende esta última, los principios limitadores del Derecho penal –entre ellos, los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos y de intervención mínima– no sólo ejercen un papel relevante en la delimitación de las fronteras legítimas del Derecho penal, sino que deben influir en la teoría del delito mediante la interpretación conforme a ellos de las categorías dogmáticas de los diversos elementos del delito¹⁰⁶. Y así, esta autora entiende que es en la sede de la imputación objetiva donde habría que valorar la relevancia típica de la conducta individual y su antijuridicidad material: pues, según su concepción, la teoría de la imputación objetiva constituiría una teoría del tipo objetivo generalizable a la comprobación de la tipicidad de toda conducta –por lo menos, el llamado “primer nivel de imputación objetiva”– y no únicamente una sede de imputación de resultados aplicable con exclusividad a los delitos de resultado¹⁰⁷.

¹⁰⁴ CEREZO MIR, RDPCrim, 10, 2002, p. 71. En la misma línea se ha pronunciado LUZÓN PEÑA, Actas del XVIII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, 2015 [en prensa].

¹⁰⁵ TORÍO LÓPEZ, ADPCP, 34, 1981, pp. 843-847.

¹⁰⁶ MENDOZA BUERGO, RDPCrim, 9, 2002, pp. 68-70.

¹⁰⁷ MENDOZA BUERGO, Límites, 2001, pp. 440-455; LA MISMA, RDPCrim, 9, 2002, pp. 72-75. Vid. también TORÍO LÓPEZ, ADPCP, 34, 1981, p. 846.

Consiguientemente, a la conducta que realice el tipo de un delito de peligro abstracto se le debería imputar la «*creación de un peligro ex ante* no permitido abarcado por el fin de protección o dentro del *alcance del tipo*»¹⁰⁸, lo que supondría analizar la

«capacidad real *ex ante* de la conducta de poner en peligro o lesionar el bien jurídico –sin considerar la presencia o no de un objeto típico en el radio de posible eficacia de la acción–, lo cual constituye algo más que exigir la mera peligrosidad general de la clase de acción, pero *no* implica, en absoluto, requerir que la conducta haya creado efectivamente un peligro concreto, ya que se trata en todo caso de la determinación de la *peligrosidad* de la acción *ex ante* y no de la comprobación *ex post* de la producción de un *resultado* de peligro»¹⁰⁹.

Este juicio *ex ante* sería el propio de un observador objetivo con los conocimientos del autor y se asemejaría al juicio de previsibilidad objetiva de la imprudencia o al juicio de idoneidad de la tentativa. En cuanto al nivel de riesgo creado –prosigue MENDOZA BUERGO–, debería ser este un riesgo significativo, no despreciable, en relación con la clase de actividad, los bienes jurídicos afectados y el ámbito de competencia del agente¹¹⁰. Se entronca así con la debatida cuestión del contenido del juicio de peligrosidad, que deberá ser desarrollada en otra ocasión.

La peligrosidad como desvalor de resultado (o desvalor del hecho):

Por último, cabe señalar que desde algunas posiciones se ha defendido la exigencia de la peligrosidad *ex ante* de la conducta como un auténtico *desvalor de resultado*, no ya como un desvalor de acción o un desvalor de resultado meramente *potencial*. Entre la doctrina española podría ubicarse a MIR PUIG, para quien el desvalor de resultado en estos delitos –cuyo contenido material sería necesariamente menor que el de los delitos de peligro concreto– sólo exigiría la conducta típica peligrosa, que deberá en cualquier caso aparecer *ex ante* como idónea para realizar el tipo¹¹¹.

Esta posición defiende por lo tanto una interpretación del desvalor de resultado en sentido amplio, como *desvalor del hecho* y referido a los elementos objetivos de la

¹⁰⁸ MENDOZA BUERGO, RDPCrim, 9, 2002, p. 73. Con más detalles, vid. LA MISMA, Límites, 2001, pp. 455-477.

¹⁰⁹ MENDOZA BUERGO, RDPCrim, 9, 2002, p. 76. En igual sentido, LA MISMA, Límites, 2001, pp. 457-458.

¹¹⁰ MENDOZA BUERGO, RDPCrim, 9, 2002, pp. 76-79.

¹¹¹ MIR PUIG, ADPCP, 1994, pp. 12-13: «El contenido material de este desvalor es distinto en los delitos en que el resultado (separado o no) es una lesión de un bien jurídico, que en aquellos cuyo resultado (separado, como en los delitos de peligro concreto, o no, como en los delitos de peligro abstracto) es una puesta en peligro. En los primeros la afectación del bien jurídico es mayor que en los segundos. A su vez, y por esta misma razón, los delitos de peligro concreto contienen un desvalor de resultado mayor que los delitos de peligro abstracto. [...] Mientras que en los delitos de resultado separado el desvalor de resultado presupone una conducta peligrosa anterior (aunque ser inmediatamente anterior), en los delitos de mera actividad el desvalor de resultado sólo exige la conducta típica, lesiva o peligrosa». Vid. también MIR PUIG, PG, 8ª, 2006, 6/49 y 6/54, aunque ya sin referencia expresa a los delitos de peligro abstracto.

conducta típica exteriorizada, esto es, al resultado exterior de la decisión de voluntad¹¹². En la medida en que este resultado exterior no es realmente distinto de la acción y de su peligrosidad real, se ha optado por incluir esta línea de pensamiento en esta sección y no en la correspondiente a la defensa de un resultado jurídico comprobable *ex post* analizada en las páginas anteriores¹¹³.

V. CONCLUSIONES

A modo de conclusión, resulta evidente que todo análisis sobre el injusto material de los delitos de peligro abstracto y su compatibilidad con el principio de ofensividad debe partir de la previa determinación del bien jurídico realmente protegido en cada uno de ellos. Deberá por lo tanto prestarse atención a la naturaleza individual o supraindividual del bien –rechazando los espejismos creados por bienes colectivos meramente *aparentes*–, así como a su inclusión en eventuales subcategorías con peculiaridades específicas. Un estudio sobre el bien jurídico, sus tipos y sus modalidades de lesión o puesta en peligro resulta pues a todas luces imprescindible.

En un segundo orden de cosas, de las posturas expuestas resultan rechazables en sede jurídico-penal aquellas basadas exclusivamente en la estandarización de conductas o aprendizaje social, que deberían quedar relegadas al Derecho administrativo o Derecho civil. Resultan en cambio atractivas, por lo menos en esta fase de la investigación, las posturas que pretenden materializar el injusto de los delitos de peligro abstracto mediante la exigencia como mínimo de una peligrosidad objetiva *ex ante* de la conducta, si bien se detectan dificultades y problemas tanto en las que lo hacen con una eficacia meramente negativa –mediante presunciones *iuris tantum*– como en las que pretenden dotar a esta exigencia de una eficacia positiva –por ejemplo, en sede de imputación objetiva–.

Finalmente, y a los efectos de valorar la referida exigencia de peligrosidad objetiva *ex ante* de las conductas tipificadas en esta categoría de delitos, se consideran también dignas de estudio aquellas contribuciones que la asocian con una dimensión colectiva o, en otras palabras, a la posibilidad de afección a una *pluralidad* indeterminada de bienes jurídicos.

¹¹² Vid. LUZÓN PEÑA, Lecciones, 2ª, 2012, 13/41.

¹¹³ En particular, presenta semejanzas con quienes exigen la peligrosidad de la acción con eficacia meramente negativa. Así, MIR PUIG, PG, 8ª, 2006, 9/64 afirma que en los delitos de peligro abstracto bastaría la peligrosidad de la conducta, que sería inherente a la acción descrita en el tipo salvo que se probara que, en el caso concreto, había quedado excluida de antemano.

VI. BIBLIOGRAFÍA¹¹⁴

- ACALE SÁNCHEZ, María, **El tipo injusto** en los delitos de mera actividad, Granada, Comares, 2000.
- ASSOCIATION INTERNATIONALE DE DROIT PÉNAL, Concept and Principles of Economic and Business Criminal Law including Customer Protection: Resolutions, RIntDP, 41, 1970, pp. 9-16.
- BARBERO SANTOS, Marino, Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto, ADPCP, 26, 1973, pp. 487-498.
- BERISTAIN IPIÑA, **Cuestiones penales** y criminológicas, Madrid, Reus, 1979.
- BREHM, Wolfgang, Zur **Dogmatik** des abstrakten Gefährdungsdelikts, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, 1973.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, **Control social** y sistema penal, Barcelona, PPU, 1987.
- CEREZO MIR, José, Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo, RDPCrim, 10, 2002, pp. 47-72.
- COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Tomás S., Derecho Penal: **PG**, 5ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, **Delitos de peligro** y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales: nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos, en: Mir Puig, Santiago/Corcoy Bidasolo, Mirentxu (dirs.), **La política criminal** en Europa, Barcelona, Atelier, 2004, pp. 25-40.
- Protección de bienes jurídico-penales supraindividuales y Derecho penal mínimo, en: Mir Puig (dir.), **Derecho penal** del siglo XXI, Madrid, Consejo General del Poder Judicial/Centro de Documentación Judicial, 2007, pp. 365-402.
- CUESTA PASTOR, Pablo, **Delitos obstáculo**: tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico, Granada, Comares, 2002 CUESTA PASTOR, Delitos obstáculo, 2002.
- DOVAL PAIS, Antonio, Estructura de las conductas típicas con especial referencia a los fraudes alimentarios, en: Boix Reig, J. (dir.), **Intereses difusos** y Derecho Penal, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1994, pp. 25-71.
- FERRAJOLI, Luigi, **Diritto** e Ragione. Teoria del garantismo penale. 3ª ed. Bari, Laterza, 1996.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel, El principio de precaución en el Derecho penal. Contribución político-criminal a los delitos de riesgo normativo, en: el mismo (dir.), **Principio de precaución** y Derecho punitivo del Estado, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 81-122.
- GRACIA MARTÍN, Luis, La modernización del Derecho penal como exigencia de la realización del postulado del Estado de Derecho (Social y Democrático), RDPCrim, 3, 2010, pp. 27-72.
- GRAUL, Eva, **Abstrakte Gefährdungsdelikte** und Präsumtionen im Strafrecht, Strafrechtliche Abhandlungen, Neue Folge, Band 69, 1991.
- HASSEMER, Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre, en: Scholler, H./Philipps, L. (eds.), **Jenseits** des Funktionalismus. Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag, Heidelberg, Decker & Müller, 1989, pp. 85-94 = Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico, Doctrina penal, 1989, pp. 275-285.
- Rasgos y crisis del Derecho penal moderno, Larrauri, E. (trad.), ADPCP, 45, 1992, pp. 235-250.

¹¹⁴ En negrita las abreviaturas con las que se han citado las obras a lo largo del texto.

- La ciencia jurídico penal en la República Federal Alemana, Hormazábal Malaré, H. (trad.), ADPCP, 46, 1993, pp. 35-80.
- HEFENDEHL, Roland/HIRSCH, Andrew/WOHLERS, Wolfgang (eds.), **Die Rechtsgutstheorie: Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?** Baden-Baden, Nomos, 2003 = HEFENDEHL, Roland (ed.), **La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?**, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2007.
- HEFENDEHL, Roland, **Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht**, Köln, Carl Heymanns, 2002.
- ¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto, RECPC, 04-14, 2002.
- Das Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm, Martín Lorenzo, M. (trad.), en: Hefendehl/Hirsch/Wohlers (eds.), **Die Rechtsgutstheorie**, Nomos, 2003, pp. 119-132 = El bien jurídico como eje material de la norma penal, en: Hefendehl (ed.), **Bien jurídico**, 2007, pp. 179-196.
- VON HIRSCH, Andrew/WOHLERS, Wolfgang, **Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur – zu den Kriterien fairer Zurechnung**, en: Hefendehl/Hirsch/Wohlers (eds.), **Die Rechtsgutstheorie**, 2003, pp. 196-214 = **Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa**, Spínola Tártaro, B. (trad.), en: Hefendehl (ed.), **Bien jurídico**, 2007, pp. 285-308.
- HORN, Eckhard, **Konkrete Gefährungsdelikte**, Köln, Dr. Otto Schmidt, 1973.
- JAKOBS, Günther, **Strafrecht, AT, Die Grunlagen und die Zurechnungslehre Lehrbuch**, 2ª ed., Berlin/New York, Walter de Gruyter, 1991.
- Problemas de legitimación del Derecho penal: ¿Protección de bienes jurídicos?, IP, 1, 2015, pp. 159-180.
- KINDHÄUSER, **Gefährdung** als Straftat. **Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährungsdelikte**, Frankfurt a.M. 1989.
- Strafe, Strafrechtsgut und Rechtsgüterschutz, en: Lüderssen/Nestler-Tremel/Weigend (eds.), **Modernes Strafrecht** und ultima-ratio Prinzip, Frankfurt a.M., 1990, pp. 29-37.
- Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal económico, en: **Hacia un derecho penal económico europeo / Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann**, [Universidad Autónoma de Madrid, 14-17 de octubre de 1992], Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1995, pp. 441-452.
- Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho Penal, Pastor Muñoz, N. (trad.), InDret, 1, 2009.
- Personalidad, culpabilidad y retribución de la legitimación y fundamentación ético-jurídica de la pena criminal, Mañalich, J.P. (trad.), **Derecho y Humanidades**, 16, 2010, pp. 31-48.
- KUHLEN, Lothar, **Rechtsgüter und neuartige Deliktstypen**, en: von Hirsch/Seelman/Wohlers (eds.), **Mediating Principles: Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung**, Baden-Baden, 2006, pp. 148-156 = **Bienes jurídicos y nuevos tipos de delito**, Ortiz de Urbina, I. (trad.), en: Robles Planas (ed.), **Límites al Derecho penal: principios operativos en la fundamentación del castigo**. Barcelona, Atelier, 2012, pp. 225-235.
- LAURENZO COPELLO, Patricia, **El resultado** en Derecho penal, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, **Posibles reformas de los delitos de circulación (esquema ponencia en Diálogos Jurídicos: “Derecho Penal y seguridad vial”**, en: Cano Campos/Carbonell Mateu/de Llera/Luzón Peña/Martínez Arrieta, **Derecho penal y seguridad vial**, Thomson-Aranzadi, 2007, pp. 31-36.
- **Lecciones de Derecho penal: PG**, 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

- MARTÍNEZ-BUJÁN, Carlos, Derecho penal económico, **PG**, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.
- Los delitos de peligro en el Derecho penal económico y empresarial, en: Serrano Piedecabras, J. R./Demetrio Crespo, E. (dirs.), **El Derecho penal económico** y empresarial ante los desafíos de la Sociedad mundial del riesgo, Majadahonda, Colex, 2010, pp. 87-111.
- MATA Y MARTÍN, Ricardo M., **Bienes jurídicos intermedios** y delitos de peligro: aproximación a los presupuestos de la técnica de peligro para los delitos que protegen bienes jurídicos intermedios, Granada, Comares, 1997.
- MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina, **Los delitos de peligro** y sus técnicas de tipificación, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid-Centro de Estudios Judiciales del Ministerio de Justicia, 1993.
- MENDOZA BUERGO, Blanca, **Límites** dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto, Granada, Comares, 2001.
- La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 9, 2002, pp. 39-82.
- MIR PUIG, Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en Derecho Penal, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1994, pp. 5-28.
- Derecho penal: **PG**, 8ª ed., Barcelona, Reppertor, 2006.
- MOCCIA, Sergio, De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales, Ragués i Vallès, R. (trad.), en: Silva Sánchez (ed.), *Política criminal y nuevo Derecho penal (LH a Claus Roxin)*, Barcelona, Bosch, 1997, pp. 113-142.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho Penal: **PG**, 8ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.
- RODRÍGUEZ DEVESA, José María/SERRANO GÓMEZ, Alfonso, Derecho Penal español: **PG**, 18ª ed., Madrid, Dykinson, 1995.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, **Delitos de peligro**, dolo e imprudencia, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid-Centro de Estudios Judiciales del Ministerio de Justicia, 1994.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, Derecho Penal, **PG**, Madrid, Civitas, 1978.
- ROXIN, Claus, Strafrecht, **AT**, I, Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre, München, C. H. Beck, 1992.
- Strafrecht, **AT**, I, Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre, 2.ª ed., München, C. H. Beck, 1994.
- Strafrecht, **AT**, I, Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4.ª ed., München, C. H. Beck, 2006.
- Derecho Penal, **PG**, Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito, Luzón Peña, D.M./Díaz y García Conlledo, M./de Vicente Remesal, J. (trads.), Madrid, Civitas, 1997.
- RUDOLPHI, Hans Joachim, Inhalt und Funktion des Handlungwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre, en: Schroeder, F. C./Zipf, H. (eds.), **FS für Reinhart Maurach** zum 70. Geburtstag, Karlsruhe, C. F. Müller, 1972, pp. 51-73.
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Mª Isabel, El moderno Derecho penal y la **anticipación** de la tutela penal, Valladolid, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, [1999].
- SANTANA VEGA, Dulce María, La protección penal de los **bienes jurídicos** colectivos, Madrid, Dykinson, 2000.
- SCHRÖDER, Horst, Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht, *ZstW* 19, 1969, pp. 7-28.

- SCHÜNEMANN, Bernd, *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte*, JA, 1975, pp. 435-445, 511-517, 647-657, 715-725, 787-798.
- *Kritische Anmerkungen zur geistigsten Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, GA, 1995, pp. 201-229 = *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, Cancio Meliá, M. (trad.), ADPCP, 49, 1996, pp. 187-218.
- *El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación*, en: HEFENDEHL, R. (ed.), *Bien jurídico*, 2007, pp. 197-226.
- *Rechtsgüterschutz, ultima ratio und Viktimodogmatik – von den unverrückbaren Grenzen des Strafrechts in einem liberalen Rechtsstaat*, en: von Hirsch/Seelman/Wohlers (eds.), **Mediating Principles: Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung**, Baden-Baden, 2006, pp. 18-35 = *Protección de bienes jurídicos, ultima ratio y victimodogmática. Sobre los límites inviolables del Derecho penal de un Estado de Derecho liberal*, Riggi, E.J./ Robles Planas, R. (trads.), en: Robles Planas (ed.), **Límites al Derecho penal: principios operativos en la fundamentación del castigo**, Barcelona, Atelier, 2012, pp. 63-85.
- *La estructura de los delitos de peligro (los delitos de peligro abstracto y abstracto-concreto como modelo del Derecho penal económico moderno)*, Molina, I. (trad.) en: VV.AA., *Cuestiones actuales del sistema penal: crisis y desafíos*, Lima, ARA editores, 2008, pp. 13-27.
- *¿El derecho penal es la última ratio para la protección de bienes jurídicos! Sobre los límites inviolables del derecho penal en un Estado liberal de derecho*, de la Torre, A. (trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, 2007.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, **La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**, 2ª ed., Madrid, Civitas, 2001.
- **Aproximación al Derecho penal contemporáneo**, 2ª ed. amp. y act., Montevideo, B de f, 2010.
- *Introducción*, en: Schünemann (comp.), **El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario**, 2ª ed., Buenos Aires, B de f, 2012, pp. XXIX-LXXIV.
- SOTO NAVARRO, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Granada, Comares, 2003.
- TIEDEMANN, Klaus, *Wirtschaftsstrafrecht – Einführung und Übersicht*, JuS, 1989, pp. 689-698.
- **Wirtschaftsstrafrecht – Einführung und AT mit wichtigen Rechtstexten**, 4ª ed., München, Vahlen, 2014.
- TORÍO LÓPEZ, Ángel, *Los delitos de peligro hipotético (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)*, ADPCP, 34, 1981, pp. 825-847.

* * * * *

Comunicaciones presentadas al XVIII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal

María José Acedo Albendea

Secretaria del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Madrid.
Socia de la FICP.

~La orden de protección en favor de víctimas de violencia de género del art. 544 ter LECrim~

Resumen.- La Orden de protección es una resolución judicial que constata la existencia de una situación objetiva de riesgo para una víctima de violencia doméstica y, en consecuencia ordena su protección durante la tramitación de un proceso penal por delito (a partir del 1 de julio de 2015 ya no falta) mediante por un lado , la adopción de medidas cautelares civiles, y/o penales; y por otra parte a través de comunicación a las entidades competentes para adopción de medidas de asistencia y protección social.

Palabras clave.- Orden, resolución, victima penal, medidas, protección

I. INTRODUCCIÓN

La orden de protección supone un mecanismo para la adopción de medidas de protección de una persona frente al fenómeno que se ha denominado violencia doméstica o de género.

La primera vez que regula el legislador unas medidas para esta finalidad es 1999, siendo el entorno familiar y social el que servía para controlar dicha lacra hasta la fecha. La Ley de Enjuiciamiento Criminal introduce el art 544 bis imponiendo unas prohibiciones al supuesto agresor en relación con la victima aunque anteriormente ya se venían aplicando por los jueces a través del art 13 Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Estas cautelas resultaron insuficientes y por ello la Ley 27/2003 introduce la Orden de Protección en el art 544 ter Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Esta Ley lo que innova no es las medidas que acuerda, que ya estaban en la legislación civil o penal, sino el hecho de que establece un sistema integral para la adopción de las mismas, al permitir su adopción de forma inmediata, ante el Juzgado de Guardia.

II. PRESUPUESTOS PARA LA ADOPCIÓN DE LA ORDEN DE PROTECCIÓN

La orden de protección como medida cautelar o de protección que es, exige obviamente, la concurrencia de los siguientes requisitos:

1. Que la víctima sea alguna de las personas referidas en el art 173 CP.
2. Que se trate de un delito contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad.
3. Que exista lo que se denomina *fumus bonis iurus*, apariencia de buen derecho, esto es, que existan indicios, no siendo suficiente con las meras sospechas o conjeturas, de que se ha cometido un hecho que revisten caracteres de delito y que el autor del mismo es la persona contra la que se dirige la medida; esto es, si bien no puede exigirse una plenitud probatoria, sí que han de existir datos externos o señales que puede ser apreciados judicialmente y que permitan pasar de la mera sospecha a un sospecha fundada de la responsabilidad criminal de la persona. De otro modo, si admitiéramos que la medida cautelar se puede fundar exclusivamente en el temor a que ocurra un hipotético incidente sin que anteriormente hubiese ocurrido alguna de las infracciones penales descritas anteriormente, se vendría atribuir de facto a los juzgados funciones exclusivamente preventivas más propiamente policiales que sería contraria al espíritu de la jurisdicción penal , que solo admite la adopción de medidas cautelares o de seguridad como consecuencia de la existencia de presunta infracción de las normas penales.
4. Que ocurra un evidente riesgo de que la víctima pueda ser objeto de nuevos hechos como los denunciados en el caso de no adoptarse la medida, que es lo que la ley denomina situación objetiva de riesgo. Aquí la cuestión realmente relevante es la apreciación de la concurrencia de dicha situación objetiva de riesgo, debiendo estar a las circunstancias del caso concreto, tales como por ejemplo, la existencia de un parte de lesiones, testigos o siendo fundamental la apreciación inmediata de las declaraciones de las partes cuando no existan otras pruebas.

Debe destacarse que las situaciones especiales peligrosas suelen tener lugar en los momentos posteriores a la separación pero sobre todo cuando se inicia por decisión de la víctima: el agresor tras unos momentos iniciales en que acepta la situación se encuentra en soledad y con una incapacidad momentánea para asumir

otra relación de pareja, aspectos que puede incrementar de forma extraordinaria su agresividad¹.

5. Que se dicte una resolución motivada, explicando cuando son los motivos y causas que han llevado a la adopción de la medida, máximo cuando la misma afecta a derechos fundamentales de la persona.

Recordemos que el fin de la motivación no es otro que la posibilidad de que el destinatario de la medida conozca en su día cuales fueron las razones por las que sus derechos se vieron sacrificados y, además, en virtud de que intereses se llevo a cabo dicha intervención, lo que tiene efectos de cara al recurso y a otros principios que informan la adopción de la medida como la proporcionalidad de los sacrificios, en clara consonancia con la motivación².

III. PROCEDIMIENTO

La ley 27/2003 ha establecido un procedimiento para la adopción de la Orden de Protección de la víctima en el que se pueden individualizar tres fases:

- a) Fácil accesibilidad a la orden de protección

En primer lugar los servicios sociales y las instituciones asistenciales dependientes de las administraciones públicas facilitaran a la víctima la solicitud de Orden de Protección e información sobre la misma.

- b) Simplicidad

La orden de protección podrá solicitarse a través de un formulario normalizado y de cumplimentación sencilla. El citado formulario fue aprobado por la Comisión de seguimiento de la implantación de la orden de protección de las víctimas de violencia de género. Este formulario se puede encontrar en la página web del CGPJ y en las diferentes instituciones que forman parte de la comisión.

- c) Celeridad

La ley contempla una serie de actuaciones destinadas a agilización la tramitación del procedimiento. En primer lugar una vez presentada la solicitud ante el

¹ ESCUDERO MORATALLA, José Francisco/FRIGOLA VALLINA, Joaquín, La violencia doméstica. Respuestas jurídicas desde una perspectiva psicológica, Actualidad penal, nº 16, 19-25 de abril de 1999, pp. 343 y 344.

² ESTRELLA RUIZ, Manuel, Entrada y registro, interceptación de comunicaciones postales, telefónicas etc., Cuadernos de Derecho Judicial, Medidas restrictivas de derechos fundamentales editada por el Consejo General de Poder Judicial.

organismo público correspondiente este deberá remitirla de forma inmediata al juez competente.

Una vez recibida la solicitud por el Juez de Guardia este convocara una audiencia urgente al Ministerio Fiscal a la víctima o su representante legal al solicitante y al agresor.

d) **Oralidad**

La audiencia tendrá lugar de forma oral ante el juez competente para dictar la Orden. Este principio se encuentra muy vinculado con los otros tres principios, así se consigue otorgar una mayor brevedad en la tramitación del proceso, logrando de esta forma una mayor eficacia en la protección de la víctima³.

1. Inicio

La orden de protección puede acordarse de oficio o a instancia de parte legitimada.

De oficio puede estar destinada a suplir comportamiento de abstención de la víctima que pueden ser originados por múltiples razones, de naturaleza sociocultural, económica, psicológica o emocional, sin olvidar el trato deficiente dado frecuentemente a la víctima por parte de los órganos del propio sistema penal.

Por otro lado el Juez o Tribunal que conozca de un proceso penal por violencia doméstica este obligado a examinar si concurre una situación objetiva de riesgo para la víctima y si, es así, debe ordenar aquellas medidas cautelares penales y civiles que estime conducentes.

También se puede solicitar por la propia víctima, por aquellas personas que tenga con la víctima alguna relación de parentesco o afectividad a que se refiere el vigente artº173.2 del Código Penal o también por el Ministerio Fiscal art 544 ter Ley Enjuiciamiento Criminal.

Por otra parte también el art 544 en el apartado 2 del párrafo 2º sin perjuicio del deber general de denuncia previsto en la Ley, las entidades y organismo asistenciales, públicos o privados, que tuvieran conocimiento de alguno de los hecho mencionado que fundamentan la Orden de Protección deberán ponerlos inmediatamente en conocimiento

³ SENTIS MELENDO, Santiago, La reforma orgánica y procesal del ajusticia española, Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, 1, 1972, p. 233.

del Juez de Guardia o Ministerio Fiscal con el fin de que se pueda incoar o instar el procedimiento para la adopción de la orden de protección.

2. Solicitud

El art 544 apartado 3 de la LECR dispone que la orden de protección podrá solicitarse directamente ante la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal, o bien antes las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, las Oficinas de atención a la víctima o los servicios sociales o instituciones asistenciales dependientes de las Administraciones públicas. Por otra parte el protocolo para la Implantación de la orden de protección se refiere expresamente a su presentación en los Servicios de Orientación jurídica de los Colegios de Abogados.

Como se ha afirmado anteriormente el Protocolo General para implantación de la orden entiende que resulta razonable que la solicitud de Orden de protección llegue al Juzgado acompañada del correspondiente atestado elaborado por la policía judicial.

La policía Judicial realizara el correspondiente atestado para la acreditación de los hechos, determinada una anticipación de la práctica de las necesarias investigaciones en las que se basara en su caso la decisión del Juez, quien contara con mayores elementos para fundamentar el Auto.

Y se concilia este instrumento con la tramitación de los juicios rápido contemplados en la Ley 38/2002.

3. Tramite de admisión

El art 544 ter LECR guarda silencio sobre la posibilidad de inadmitir una solicitud de orden de protección en la que no concurren los requisitos exigidos por la ley. Sin embargo de una interpretación sistemática de la Ley, una interpretación a sensu contrario y de la Circular de la Fiscalía General del Estado del año 2003 se podría inferir lo contrario. En los casos en que de la simple lectura de aquella si no concurren alguno de los requisitos será procedente dictar auto que inadmita de plano la orden de protección por lo que no será precisa la celebración de la audiencia.

Auto que deber ser motivado recogiendo las razones que fundamente la no concurrencia de los preuestos legales del orden de protección.

Una vez que el Juez competente decidir admitir a trámite la solicitud o cuando el inicio tiene lugar de oficio, este necesariamente convocara a una audiencia urgente a la víctima, al solicitante y el agresor asistido en su caso de letrado y el Ministerio Fiscal⁴.

Esta comparecencia se podrá realizar conjuntamente con la del art 504 bis 2, cuando su convocatoria fuera procedente, con la comparecencia del art 798 en aquellas causas que se tramiten conforme al procedimiento previsto en el Título III libro IV de esta ley, o en su caso con el acto de juicio de faltas.

Pese a que existe un vacío legal en la audiencia pueden practicar diligencias destinadas a la acreditación indiciaria de los prepuestos de la orden de protección o de las concretas medidas que resulten necesarias para tutelar a la víctima.

Para el caso de que no compareciera la parte denunciada de forma injustificada y estuviera correctamente citada, la audiencia puede celebrarse con plenitud sin que resulte afectado su derecho de defensa.

Sin embargo si no compareciera justificadamente o no estuviera debidamente citado el Juez podrá dictar cuando medida penal que fuera conducente para la protección de la victima pudiéndose considerar la más adecuada las del art 544 bis LECR tal y como dispone el art 544 Ter LECR.

También podrá dictar todas aquellas medidas civiles que sean necesarios para la protección del menor de edad de acuerdo al art 158 del código civil. Respecto si se deben adoptar otras medidas civiles previstas en la orden de protección, se defiende desde algunos ámbitos que pueden adoptarse siempre y cuando la urgencia del caso lo requiriera y se escuchara a las partes afectase en una comparecencia posterior celebrada en un corto plazo. Esto parece deducirse del art 13 LECR o bien de los medidas inaudita parte del art 771.2.2 LEC.

En la comparecencia también deberá estar presente el Letrado según se deduce del art 544 ter LECR salvo que se tratara de la comparecencia que concierna con el juicio de faltas.

Sin embargo desde el punto de vista de la víctima la asistencia de un letrado se configura como un instrumento esencial para garantizar la efectividad del derecho de defensa y del proceso justo.

⁴ Jaime DE AMO RUBIO señala que esta es otra diferencia con la medida cautelar del art 544 bis LECR.

4. Notificación y ejecución del Auto

El art 544 ter LECR en su apartado 8 establece que la orden de protección será notificada a las partes y comunicada por el Juez inmediatamente mediante testimonio íntegro, a la víctima y a las Administraciones públicas competentes para la adopción de medidas de protección.

La orden debe ser notificada a las partes y al Ministerio Fiscal de forma ordinaria.

Debe ser comunicada a la víctima aunque no obste la condición de parte, mediante entrega del testimonio íntegro del Auto.

Resulta oportuna su comunicación a la Oficina de Atención a la víctima⁵.

Debe ordenarse su inscripción en el Registro central para la protección de las víctimas de la Violencia doméstica. Esta debe ser inscrita en el periodo de 24 horas en el citado Registro encomendando según establece el Reglamento del Registro por el Secretario Judicial del Juzgado que adopte la orden.

También se comunicar a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, para que velen por su cumplimiento. Asimismo se comunicara a un punto único en cada territorio que la derivara al organismo y organismo competentes para prestar los correspondientes servicios sociales.

5. Recursos

El art 544 LECR guarda silencio sobre los recursos que pueden interponerse contra el Auto que decide la Orden de Protección por lo que resultan de aplicación a los normas generales contempladas al efecto por la LECR.

A pesar de este silencio de un detenido análisis de la cuestión debe conducirnos a interpretar que el aplicable es de apelación por las siguientes razones:

En el procedimiento ordinario su ubicación sistemática dentro de la regulación de las medidas cautelares personas donde está generalizado el recurso de apelación contra los Autos que decidan la libertad personal del imputado.

La propia generalización del recurso de apelación para el procedimiento abreviado a que se contiene en la ley 38/2002.

⁵ Así recoge en el Protocolo de Coordinación entre los ORDENES JURSDICIONALES PENAL Y CIVIL antes aludido.

A mayor abundamiento las mayores garantías que aporta la apelación frente a un anacrónico recursos de queja.

En el procedimiento abreviado el recurso aplicable es el de apelación por aplicación del art 766. 1 LECR.

En el Juicio de faltas igualmente también cabe interpretar que sería los recursos de Apelación, puesto que es el único recurso al que se hace referencia en su regulación.

En cuanto a las medidas civiles que se adopten en la orden de protección parece ser que por una interpretación analógica con el procedimiento de medidas provisionales en el orden civil no serían recurribles sin perjuicio del examen que se hiciera por el Juez de familia cuando se fueran planteadas en el plazo de 30 días.

IV. MEDIDAS QUE PUEDEN SER ADOPTADAS

1. Medidas de naturaleza penal

Las medidas del art 544 ter LECR no son nuevas. Tal y como dispone el art 544 ter LECR, las medidas pueden ser cualesquiera de las previstas en la LECR; por tanto medidas de alejamiento, las innominadas del art 13 LECR o incluso la prisión provisional

El alejamiento se configura como una medida necesaria de adopción urgente e inmediata cuando la víctima denuncia los malos tratos y estos son acreditados por el Juez de Guardia. Posteriormente dicho alejamiento podrá ser impuesto como pena e incluso como medida de seguridad⁶.

Los elementos caracterizadores de estas son:

- Las prohibiciones del art 544 bis son autónomas, es decir, cada una cuenta con entidad propia y puede ser decretada con independencia de las demás.
- En el auto se pueden acordar una o varias, de forma sucesiva o simultánea.
- Cada una de ellas se puede ir acomodando a la variación de circunstancias, es decir pueden ser variadas o modificadas.
- La medida cautelar de alejamiento se puede acordar dentro de la orden de protección o bien separadamente en un Auto que acuerde está solo.

⁶ La Guía Práctica de actuación contra la violencia doméstica, aprobada por acuerdo del pleno de CGP de 21 de marzo de 2001.

2. Medidas de carácter civil

El Juez penal también podrá adoptar medidas civiles que podrán consistir en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, determinar el régimen de custodia, visitas, comunicación u estancia con los hijos, determinar el régimen de prestación de alimentos y cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

Estas medidas solo puede adoptarse a instancia de la parte, deberán ser solicitadas por la víctima o su representante legal o bien por el Ministerio Fiscal cuando existan hijos menores o incapaces.

Esto siempre y cuando no se hubieran ya adoptado estas medidas en el seno de un procedimiento civil y sin perjuicio de las que se pudieran adoptar conforme al 158 del código civil que ha dado lugar a resoluciones contradictorias.

La nueva ley contemplaba una serie de disposiciones para posibilitar la coordinación entre las jurisdicciones civiles y penales, evitando resoluciones contradictorias.

Las medidas civiles tienen una vigencia de 30 días debiendo ser posteriormente ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por el Juez civil. Si dentro de ese plazo no se hubiera iniciado un proceso de familia estas quedarán sin efecto.

Una vez que quede incoado en dicho plazo, las medidas adoptadas permanecerán en vigor durante los 30 días siguientes a la presentación de la demanda, tiempo durante el cual deben ser ratificadas, derogadas o modificadas.

V. OTRAS DISPOSICIONES DESTINADAS A MEJORAR LA CONDICIÓN DE LA VÍCTIMA DENTRO DEL PROCESO PENAL

La nueva normativa también contiene una serie de disposiciones aplicables a toda víctima de violencia de violencia doméstica, aun cuando carezca de la condición de parte, y eran destinadas a evitar o limitar la denominada victimización secundaria.

1. Derecho de información permanente

El art 544 ter LECR establece en su apartado número 9 que la orden de protección implicara el deber de informar permanentemente a la víctima sobre la situación procesal del imputado, así como deber de informa permanentemente a la víctima

sobre el alcance de las medidas cautelares. También deberá ser informada de la situación penitenciaria del agresor.

2. El art 544 ter 8 de la LECR, la orden de protección será comunicada por el Juez a la víctima aunque no ostente la cualidad de parte, mediante entrega del testimonio íntegro del Auto.
3. En todo caso a la audiencia será convocada la víctima o su representante legal donde será oída sobre la situación objetiva de riesgo concurrente, sobre las circunstancias de hecho denunciado y de la persona del imputado así como las concretas medidas que pueden decretarse judicialmente para proteger a la víctima o a su familia.

El art 544 ter 9 de la LECR, el órgano judicial que dicte una orden de protección dará cuenta de la misma a la Admón. Penitenciaria.

VI. REGISTRO CENTRAL PARA LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LA VIOLENCIA DOMESTICA

Para contribuir a la eficacia de la Orden de protección el art 544 en su punto 10 ordena su inscripción en el mencionado Registro. Y la Disposición Adicional 1º de la Ley establece que el gobierno a propuesta del Ministerio de Justicia, iodo el CGPJ y la Agencia de Protección de datos, dictara las disposiciones reglamentarias oportunas relativas a su organización, así como de inscripción y cancelación de sus asientos y el acceso al a información contenida en el mismo, asegurando en todo caso su confidencialidad.

VII. COMISIÓN DE SEGUIMIENTO DE IMPLANTACIÓN DE LA ORDEN DE PROTECCIÓN

La disposición adicional 2ª de la Ley reguladora de esta Orden contempla la creación de la Comisión de Seguimiento de Implantación de la Orden de Protección, con la finalidad de posibilidad la adecuada aplicación de la nueva normativa sobre la base de la coordinación interinstitucional, poniendo en práctica aquellos elementos que , interrelacionados entre sí, harán posible el correcto funcionamiento de los mecanismos de protección integral diseñados en la nueva regulación, sin perjuicio de los desarrollos que a cada institución o Administración competen en cada área.

1. Composición

Constituida el día 22 de julio de 2003, la Comisión de Seguimiento de la implantación de la Orden de Protección está integrada por representantes del CGPJ , la Fiscalía general del Estado, el Ministerio de Justicia, El Ministerio del Interior, El Ministerio de Trabajo y asuntos sociales, Las Comunidades Autónomas, la Federación Española de Municipios y Provincias , El Consejo General de la Abogacía Española y el Consejo General de Procuradores de los Tribunales de España.

2. Actividades

Le corresponderá la elaboración de protocolos de alcance general para la implantación de la Orden de Protección, así como la adopción de instrumentos adecuados de coordinación que aseguren la efectividad de las medidas de protección y de seguridad adoptadas por los Jueces y Tribunales y las Administraciones públicas competentes.

VIII. CONCLUSIÓN

La orden de protección, acordada por unanimidad de todos los Grupos Parlamentarios, supone un importante avance en la tutela de derechos e intereses legítimos de las víctimas de violencia domestica durante la tramitación del proceso penal.

También supone un cambio cultural que afecta a los propios fundamentos del sistema procesal penal y que exige un importante esfuerzo interpretativo y de coordinación para garantizar su efectiva aplicación.

BIBLIOGRAFÍA

ARMENTA DEU, T El nuevo proceso abreviado. Madrid, Marcial Pons, 2003.

CLIMENT DURAN, D. La prueba en el proceso penal. Valencia, Tirant lo Blanch.

DE LA OLIVA SANTOS y otros, Derecho Procesal Penal. Madrid, Centro de Estudio Ramón Areces, 1999.

VV.AA., La ley integral de medidas de protección contra la violencia de género, Cuadernos De Derecho Judicial.

* * * * *

Alfonso Allué Fuentes

Juez Sustituto adscrito al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.
Socio de la FICP.

~Criterios jurisprudenciales para la diferenciación entre el delito de apropiación indebida y el delito societario de administración desleal~

Resumen.- Tomando como punto de partida la tipificación en el Código Penal del delito de apropiación indebida y del delito societario de administración desleal, se efectúa un estudio jurisprudencial tanto de las características propias de cada uno de ellos como de las diferencias entre ambos, concluyendo este trabajo con un recorrido práctico de jurisprudencia mediante la exposición de casos concretos en los que se aprecia el delito correspondiente.

Palabras clave.- Apropiación indebida – Administración desleal – Distracción – Jurisprudencia – Requisitos

I. El punto de partida que debe preceder a las consideraciones que seguirán viene dado necesariamente por la regulación legal de los delitos de apropiación indebida y societario de administración desleal. En el artículo 252 del Código Penal se tipifica la apropiación indebida en estos términos:

“Serán castigados con las penas del art. 249 ó 250, en su caso, los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido, cuando la cuantía de lo apropiado exceda de cuatrocientos euros. Dicha pena se impondrá en su mitad superior en el caso de depósito necesario o miserable”.

La administración desleal como delito societario se contempla en el artículo 295, en el que se castiga a

“los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren”.

Sobre esta base legal, conviene determinar las notas características de cada una de estas infracciones y observar las diferencias que en el nivel jurisprudencial se observan entre ellas a efectos de su calificación jurídica en cada caso concreto.

II. Abordando en primer lugar la caracterización del delito de apropiación indebida, la jurisprudencia del Tribunal Supremo analiza sus elementos esenciales, entre otras, en la STS de 11 de Abril de 2007 - 915/2006, estableciendo los siguientes:

1. Una legítima posesión o tenencia del objeto –dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial– por parte del autor, que lo ha recibido de un tercero.

2. Que dicho objeto le haya sido entregado por virtud de alguno de los títulos que genera la obligación de entregarlo o devolverlo, incluyendo entre aquéllos los que incorporan una obligación en tal sentido, salvo los que supongan la entrega de la propiedad. En este punto la jurisprudencia destaca el carácter de *numerus apertus* del delito, por cuanto caben en él también aquellas relaciones jurídicas complejas y atípicas que no tienen acomodo en la legislación ni en el uso civil o mercantil, no exigiéndose a estos efectos más requisito que el de la obligación de entregar o devolver, de conformidad con la dicción legal.

3. Una mutación del *animus* posesorio del autor, el cual, yendo más allá de ser un poseedor en concepto distinto del de dueño pero reconociendo el dominio en otra persona, desplaza su intención a la de hacer propia la cosa que es de otro (*animus rem sibi habendi*). Como precisa la STS de 14 de Abril de 2003 – 554/2003, consiste aquí el dolo típico en la conciencia y voluntad de quien se apropia de la cosa mueble que detenta, vulnerando la obligación de entregarla o devolverla mediante un acto de apropiación o de distracción, configurándose como un elemento específico de la apropiación indebida la lesión a la confianza depositada con incorporación al patrimonio del autor del bien depositado (STS de 30 de Noviembre de 2006 – 11/2006).

4. Una apropiación material del objeto ejerciendo de hecho facultades propias del dominio, bien gozando bien disponiendo de la cosa como dueño.

5. Producción de un perjuicio patrimonial a un tercero, lo que determina que el delito de apropiación indebida sea un delito de resultado.

III. El tipo del artículo 252 unifica dos conductas de diferente morfología: la apropiación como tal considerada y la distracción. Ambas modalidades son estudiadas en la STS de 29 de Enero de 2008 – 1556/2007, que las desarrolla en los siguientes términos:

1. Acontece la “apropiación” cuando, con ocasión de las operaciones descritas en el artículo 252, el sujeto activo ha recibido una cosa mueble no fungible con obligación de entregarla o devolverla, constituyéndose tan sólo en su legítimo poseedor pero no en su dueño, toda vez que no le ha sido transmitido el dominio.

2. En cambio, la “distracción” presupone que el receptor adquiere la propiedad de lo que se le entrega por medio de la traslación legítima de dinero o de otra cosa fungible, si bien bajo la obligación de darle un determinado destino según lo estipulado con el transmitente. Lo característico de esta acción típica no consiste tanto en incorporar el bien al propio patrimonio –pues por el hecho de haberlo recibido legítimamente ya queda ingresado en el mismo, aunque de forma condicionada-, como en darle un destino diferente del pactado en perjuicio de quien hizo la entrega, quedando violentado su derecho a que, conforme a lo convenido, fuese entregado a quien se hubiera estipulado o le fuese devuelto. En su consecuencia, el dolo de la distracción no se refiere exactamente al ánimo de apoderarse de lo recibido, sino que descansa en la burla de la expectativa o del derecho del sujeto pasivo en orden a la entrega del bien a quien se había acordado, o a su recuperación en otro caso.

Profundizando más en estas dos modalidades típicas, la STS de 06 de Octubre de 2009 – 29/2009 refiere que la apropiación indebida de dinero es normalmente distracción, puesto que se emplea el mismo en atenciones ajenas al pacto en cuya virtud se recibió, originando por lo general un enriquecimiento ilícito del sujeto activo, aunque ello no es necesario para que se pueda entender cometido el delito. Resume esta sentencia sus consideraciones afirmando que la apropiación indebida no requiere un enriquecimiento del sujeto activo, sino perjuicio del sujeto pasivo, lo que rige tanto en el supuesto de apropiación de cosas como en la distracción de dinero. El elemento subjetivo del tipo sólo requiere que el autor haya tenido conocimiento de que la disposición patrimonial dirigida a fines diversos de los que fueron encomendados produciría un perjuicio del titular. No es necesario que se produzca un lucro personal o enriquecimiento del autor, sino lisa y llanamente un perjuicio del sujeto pasivo.

IV. Sobre el delito societario de administración desleal del artículo 295, la STS de 16 de Diciembre de 2008 – 864/2008 enumera los elementos característicos de la administración fraudulenta:

1. El sujeto activo ha de ser administrador de hecho o de derecho, o socio de una sociedad constituida o en formación, por lo que se trata de un delito especial propio.
2. Dicho autor ha de actuar con abuso de las funciones propias de su cargo o condición en el ejercicio de esa administración o cargo social.
3. La actuación ha de realizarse en beneficio propio o de tercero

4. La conducta típica consiste en disponer fraudulentamente de los bienes de la sociedad o en contraer obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren.

Como observa la STS de 11 de Julio de 2005 – 757/2004, la dicción legal abarca dos supuestos diferentes: de un lado, la disposición de bienes de una sociedad mediante abuso de la función del administrador, y, de otro lado, la causación de un perjuicio económicamente evaluable a la sociedad administrada mediante la celebración de negocios jurídicos, también con abuso de la condición de administrador. Siguiendo esta misma línea acerca de la conducta típica, la STS 949/ 2004, de 26 de Julio, diferencia entre el “tipo de la infidelidad” y el “tipo del abuso”. El primero de ellos se refiere a los perjuicios patrimoniales causados a la sociedad a base de una administración incompatible con los principios de la recta utilización de los bienes societarios, en tanto que en el segundo el objeto de protección son las relaciones externas de la sociedad generadas por el administrador. La diferencia entre ambas conductas radica en que en el tipo de la infidelidad no es necesario que la conducta punible se manifieste mediante la celebración de negocios jurídicos perjudiciales para la sociedad mediante obligaciones abusivas, mientras que en el tipo del abuso sí se contraen obligaciones (abusivas) a cargo de aquélla.

V. Llegados a este punto conviene delimitar las figuras delictivas que aquí son objeto de estudio y averiguar cuáles son, desde la jurisprudencia, los criterios que permiten distinguir cuándo un administrador o un socio comete una apropiación indebida y cuándo incurre en administración desleal.

La evolución jurisprudencial ha ido evolucionando hasta desembocar en la imagen de los círculos secantes, sobre la cual la STS de 29 de Julio de 2002 – 2038/2000 distingue entre ambas infracciones para expresar que el administrador, que se sitúa en el punto de contacto de dichos círculos, puede incurrir en apropiación indebida por distracción de dinero o en delito societario por administración desleal. Esta misma ruta sigue la STS de 21 de Junio de 2007 - 2839/2006, que diferencia dos clases de acciones posibles que el administrador puede ejecutar:

1. En primer lugar, y dentro del ámbito de sus funciones, la realización fraudulenta de actos de disposición de bienes de la sociedad o contraer obligaciones a

cargo de ésta y en perjuicio de sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren.

2. Y en segundo lugar, excediendo de las facultades de administración que tiene atribuidas, la realización de actos sobre el patrimonio administrado que supongan apropiación de los bienes o distracción del dinero recibido, entendiéndose por esto último un modo equivalente a la apropiación, por cuanto en ambos casos el dinero recibido se separa definitivamente del destino fijado al efectuar la entrega (la cual incorpora la obligación de devolver o entregar a un tercero otro tanto de la misma especie y calidad). Con expresiva fórmula describe la sentencia que la distracción tiene lugar cuando el autor que ha recibido una cosa fungible dispone de ella más allá de lo que le autoriza el título de recepción, dándole un destino distinto al previsto en aquél, con vocación definitiva.

Resumiendo las diferencias advertidas, la doctrina jurisprudencial sostiene que:

a) En la administración desleal del artículo 295 se infringe un deber de fidelidad del administrador hacia el titular del patrimonio administrado, causando un perjuicio como consecuencia de actos de administración (actos de disposición sobre bienes de la sociedad o suscripción de obligaciones a su cargo) fraudulentamente adoptados.

b) En la distracción de dinero del artículo 252 lo característico es el abuso de las facultades del administrador, que aprovecha su posición para ir más allá de aquello a lo que está autorizado, causando también un perjuicio al titular del patrimonio administrado, pero no como consecuencia de la adopción de actos auténticos de la administración encomendada, sino a causa del desvío del dinero recibido hacia un objeto o finalidad distintos de los prefijados en el título de recepción y, consiguientemente, fuera de los límites establecidos por su competencia como administrador.

Según la línea de jurisprudencia seguida por la mencionada STS de 21 de Junio de 2007 - 2839/2006, en la distracción de dinero el autor realiza actos que implican un abuso de sus facultades de carácter “extensivo”, operando más allá de las facultades atribuidas al ejecutar aquello que de ninguna forma podría ejecutar y situar los caudales administrados definitivamente fuera del control de quien se los encomendó, sin que éste reciba contraprestación alguna; mientras que en la administración desleal el abuso requerido por el tipo es sólo “intensivo”, actuando dentro de lo permitido por las

facultades que le corresponden, pero de forma desleal, traicionando el deber de fidelidad con la sociedad titular de los bienes/caudales que administra, al realizar fraudulentamente actos de disposición o al contraer obligaciones a cargo de aquella, de los que se deriva un perjuicio para los socios o demás sujetos a los que se refiere el tipo. Como recuerda, insistiendo sobre ello, la STS de 26 de Febrero de 2008 – 1664/2007, son conductas diferentes y, aunque ambas sean desleales desde el punto de vista de la defraudación de la confianza, en la apropiación indebida la deslealtad supone una actuación fuera de lo que el título de recepción permite, mientras que en la otra, la deslealtad se integra por un ejercicio abusivo de las facultades del administrador.

La STS de 12 de Mayo de 2009 – 1469/2008 reconoce finalmente que la distinción entre la apropiación indebida y el delito societario de administración desleal no es cuestión fácil: la porción de injusto abarcada por ambos preceptos puede llegar a ser idéntica, generando un aparente concurso de normas que ha de ser resuelto con arreglo al principio de alternatividad (delito de mayor pena).

VI. Efectuado el planteamiento doctrinal anterior desde la perspectiva jurisprudencial del Tribunal Supremo, puede resultar de utilidad observar casos concretos en los que se ha efectuado la calificación jurídica correspondiente a uno u otro delito en función del hecho enjuiciado:

1. La STS 262/2012, de 02 de Abril, aborda un caso de acuerdo de fiducia en el que considera cometida una apropiación indebida. La sentencia explica que

“en estos casos se trata ordinariamente de transmitir ficticiamente la propiedad con un fin (*causa fiduciae*) pactado entre las partes, mediante el cual se pretende un negocio jurídico diferente (negocio interno o disimulado) al negocio aparente (negocio externo o formal), a lo que se añade un pacto entre las partes (*pactum fiduciae*) al objeto de reconocer la titularidad real de la cosa”,

señalando que la jurisprudencia ha admitido reiteradamente la figura de la *fiducia cum amico* – en cuanto acuerdo fundado en la confianza y la buena fe siempre que no comporte una finalidad ilícita o defraudatoria -, en la cual

“el fiduciario no ostenta la titularidad real pues no es un auténtico dueño, teniendo sólo una titularidad formal, sin perjuicio del juego del principio de la apariencia jurídica. El dominio sigue perteneciendo al fiduciante en cuyo interés se configura el mecanismo jurídico, lo que acentúa la nota de la confianza”.

En el supuesto sometido a casación, el autor recibió las participaciones de la sociedad propietaria de la finca a través de un título que le obligaba a conservar y devolver los bienes recibidos, reconociendo expresa y documentalmente la titularidad real del perjudicado, y se apropió del activo patrimonial de la sociedad, disponiendo de

él como propio, sin conocimiento ni autorización de su propietario, vendiendo la finca a un tercero y haciendo suyo el dinero recibido.

2. En la STS 328/2012, de 30 de Abril, no se considera apropiación indebida la disposición de dinero en cuenta corriente por personas autorizadas, una vez fallecido el titular. Parte la resolución del aspecto civil advirtiendo que

“si nos atenemos al contenido de la relación contractual por la que se otorga el poder, ésta se extingue con la muerte del mandante o mandatario por lo que todo lo que se realice o actúe a partir de ese momento está fuera de la relación jurídica y por tanto del tipo. Se puede mantener que el mandatario o administrador que oculta el dato esencial del fallecimiento del mandante y realiza operaciones de disposición de los bienes, no sólo incurre en la nulidad de sus actos, sino incluso en un serio de reproche a su conducta desleal y fraudulenta, pero en ningún caso se puede decir que actúe como administrador”.

Ya en sede penal, la sentencia explica que

“una vez fallecido el titular de las cuentas, se extinguió la autorización que tenía el recurrente para disponer de dichas cuentas, por lo que al disponer, producido el fallecimiento, ya no podía hablarse de existencia de depósito, comisión o administración u otro título que produzca obligación de devolver o entregar lo que se hubiera apropiado una vez recibido legítimamente, presupuestos que según el artículo 252 del Código Penal son precisos para apreciar un delito de apropiación indebida”.

Desde un punto de vista estrictamente procesal sobre la base del principio acusatorio, en este caso el Tribunal Supremo estima el recurso de quien fue condenado por apropiación indebida y establece su absolución, por cuanto no fue acusado de otro delito más acorde con los hechos cometidos, como sería el de estafa. Dice concretamente que “no se puede afirmar la concurrencia de cuantos requisitos se hacen precisos para poder apreciar que la conducta de la recurrente sea constitutiva del delito de apropiación indebida, del que únicamente fue acusada, por consiguiente, el motivo debe ser estimado”, y ello “al no ser posible establecer homologación alguna entre los mecanismos desencadenantes de la estafa y la apropiación indebida”.

3. Acerca de la entrega de dinero para fin determinado, la STS 282/2012, de 28 de Marzo, con cita de otras, señala que cuando se trata de dinero

“la acción típica no consiste tanto en incorporar el dinero recibido al patrimonio propio -puesto que esta incorporación, aunque condicionada, se produce por el hecho de haberlo recibido legítimamente-, sino en darle un destino diferente al pactado, irrogando un perjuicio a quien hizo la entrega, el cual, en virtud del pacto, tenía el derecho de que el dinero fuese entregado a quien se había estipulado en ese acuerdo, dándole el destino convenido, o que le fuera devuelto”.

En el caso, la entrega del dinero tenía por finalidad la adquisición de una vivienda en fase de promoción o de construcción, por lo que

“la entrega de cantidades a cuenta del precio no invertidas en el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el constructor o promotor debe ser subsumida en la alternativa típica de la

distracción de dinero del art. 252 Código Penal, cuando concurren los elementos integradores de esta figura delictiva”.

4. Cuando existen relaciones jurídicas complejas la STS 1245/2011, de 22 de Noviembre, defiende la necesidad de efectuar una previa liquidación de cuentas antes de acudir a la jurisdicción penal para sostener una acusación por apropiación indebida, argumentando que

“la regla general cuando hay un entrecruce de intereses entre las partes con deudas y créditos recíprocos, es absolutamente necesaria la previa y definitiva liquidación para realizar el tipo objetivo de la apropiación, que sólo se produciría cuando, tras la definitiva liquidación, el imputado intenta hacer suyo y no entregar el crédito que se le ha reconocido a la parte contraria”.

5. La STS 789/2010, de 22 de Septiembre, recoge el caso de venta de un inmueble sin recepción del precio por su propietaria. El hecho probado refiere que

“el acusado José Luis, utilizando un poder muy amplio para la administración de los bienes de la perjudicada que mantiene, realiza la disposición del inmueble propiedad de Aurora, lo vende a su hijo Alfonso, condenado como cooperador necesario, por un precio que el acusado José Luis, como representante, confiesa haber recibido para su representada, precio que en realidad no se pagó y del que nada llegó a Aurora”.

Interpreta esta resolución que

“la venta del inmueble se realizó en virtud de un apoderamiento existente, lícito y regular en su actuación [...]. Sin embargo, los dos condenados estaban de acuerdo en la venta y el precio que figura en la escritura no se recibió por el mandatario ni se llegó a entregar, ni por lo tanto, la propietaria real llegó a recibirlo. Por lo tanto hubo una apropiación de un activo patrimonial, esto es, del precio de la venta del inmueble efectivamente dispuesto con el poder vigente”.

6. En la STS de 30 de Abril de 2013 (Rc. 1394/2012) la Sala Segunda absuelve de un delito de apropiación indebida en un supuesto en el que el acusado había cobrado una cantidad de dinero en concepto de indemnización por un accidente de tráfico. Ejecutada provisionalmente la sentencia dictada en primera instancia, fue después revocada por la Audiencia Provincial en apelación. El Tribunal Supremo considera aquí que el acusado había recibido el dinero por un título que no le limitaba la disposición del mismo, al no estar afectado o adscrito a un fin concreto. Antes al contrario, podía disponer libremente de dicha cantidad, sin perjuicio de que para el caso de que la sentencia fuese revocada en segunda instancia –como así aconteció– tuviera que reintegrar una suma similar a la recibida.

7. En el ámbito del arrendamiento de obra, la STS de 12 de Abril de 2013 (Rc. 1544/2012) analiza si dicho contrato puede ser un vehículo apto para construir un delito de apropiación indebida, ofreciendo una respuesta negativa salvo que el arrendador haya entregado al arrendatario materiales o dinero para que los adquiriera, elementos – los

materiales y el dinero – sobre los que sí cabe cometer apropiación indebida, toda vez que *contrario sensu* “cuando el arrendador únicamente entrega todo o parte del precio pactado, no hay posibilidad de incurrir en este delito puesto que no se halla criminalizada la conducta de quien dispone o se adueña de lo que es propio”.

8. Respecto de la comisión de un delito de apropiación indebida en el marco de la sociedad de gananciales, la STS de 14 de Febrero de 2013 (Rc. 392/2012) estima que es posible, remitiéndose al Acuerdo de Pleno de la Sala Segunda de 25 de Octubre de 2005, según el cual

“el régimen de la sociedad de gananciales no es obstáculo para la comisión de un delito de apropiación indebida, en su modalidad de distracción, sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de la excusa absolutoria del art. 268 del Código Penal”.

Con cita de la STS 1013/2005, señala que el Código Civil exige el consentimiento de ambos cónyuges para realizar actos de disposición a título oneroso, por lo que

“no es admisible que uno de los cónyuges haga exclusivamente suyos los bienes gananciales, en perjuicio de la sociedad y del otro cónyuge, pues estaría actuando como administrador infiel que, abusando de su cargo [...], los distrae de su destino [...] en perjuicio de la masa ganancial y, en consecuencia, del otro cónyuge”. En el caso concreto se produjo una actuación dolosa por cuanto “el acusado sabía que las cantidades que retiró se encontraban en una cuenta de titularidad conjunta con su cónyuge, y no obstante, las incorporó a su patrimonio, y con ánimo de lucro, puesto que el acusado hizo uso de esas cantidades de dinero extraídas”.

9. En la STS de 10 de Abril de 2013 (Rc. 1098/2012) se contiene un supuesto de condena al presidente de una fundación por delito de apropiación indebida, al distraer fondos de la entidad, observando la existencia de cuentas opacas libremente manejadas por el acusado y sustraídas a toda fórmula de control, las cuales coexistían con otras cuentas sí controladas. En todas ellas, controladas o no, el acusado siempre aparecía como autorizado y gestor, el cual llevaba a cabo actos en beneficio propio o de terceros y, en todo caso, contrarios a los fines propios de la fundación, constituyéndose el delito del artículo 252 en su modalidad de administración desleal.

La sentencia ilustra sobre dichos actos para dar cuenta de la apropiación indebida, consistiendo en:

“a) cantidades dispuestas para fines distintos de los que eran propios de la fundación; b) transferencias para fines propios o de terceros; c) movimientos para la realización de inversiones en beneficio del propio acusado; d) disposiciones para usos particulares y ajenos a los fines propios de la fundación, en este caso, reflejadas en cuentas que sí figuraban contabilizadas; y e) ingresos en su propio patrimonio personal de los fondos procedentes de una herencia donada a la fundación”.

10. En un caso de disposición de dinero en cuenta bancaria de titularidad indistinta, de que trata la STS de 19 de Octubre de 2010 (Rc. 647/2010), el acusado y la

denunciante habían depositado el dinero en una cuenta corriente conjunta. La sentencia considera que

“el acusado no tenía derecho a disponer de todo el dinero depositado en la cuenta corriente; la mitad de dicha suma era propiedad del acusado y podía disponer sin sanción penal de la misma. Pero no la otra mitad. Esa mitad era de la denunciante, a pesar de que estaba en una cuenta corriente de la cual el acusado podía disponer”.

11. Finalmente, en el caso examinado por la STS de 30 de Marzo de 2011 (Rc. 2209/2010) no se advierte el delito societario de administración desleal por faltar el elemento típico de la causación de un perjuicio económicamente evaluable.

Se trata de la opción de compra sobre un inmueble, lo cual según la sentencia

“implica la atribución de unos determinados derechos al titular, suponiendo al tiempo una limitación de las facultades dominicales del propietario, siquiera sea en cuanto a la imposibilidad de retener en su poder el bien afectado si el titular de la opción decide ejecutarla, y en cuanto al precio, en ese caso, ya convenido de antemano”.

Sobre esta base

“es el optante el que adquiere únicamente la facultad de decidir sobre la exigencia de cumplimiento de la venta proyectada y es ese consentimiento del optante el decisivo para que el contrato quede perfeccionado, si bien sujeto al plazo de ejercicio pactado [...]. Es claro que tal atribución de derechos a una parte y correlativa limitación de facultades a la otra tienen un contenido económico, que ordinariamente se traduce en la contraprestación que corresponde aportar a quien resulta beneficiado como titular de la opción”.

Concluye la sentencia afirmando que “como en el caso en cuestión existía contraprestación, la inexistencia de perjuicio desde el punto de vista penal impide la aplicación del delito, sin perjuicio de que si existieran diferencias sobre el contrato, se sustanciaran en vía civil”.

* * * * *

María Luisa Bayarri Martí

Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia. Socia de la FICP.

~El impago de pensiones en el ámbito penal~

I. INTRODUCCIÓN

El vigente Código Penal (en lo sucesivo, CP) regula en dos de sus artículos el delito y la falta por el incumplimiento de las obligaciones económicas derivadas de los convenios judiciales aprobados o de las resoluciones judiciales en los supuestos de procedimientos relacionados con el derecho de familia.¹

A raíz de la crisis económica, se ha producido un importante incremento de denuncias penales por impago de pensiones de alimentos de personas que no ven satisfechas sus pretensiones por la vía civil. En estos supuestos, la única clave para conseguir una sentencia absolutoria es acreditar la imposibilidad objetiva de afrontar la prestación debida, por cuanto el tipo penal del art. 227.1 del CP excluye de sanción aquellos supuestos de imposibilidad de cumplimiento²

En esta comunicación, estudiaremos los antecedentes y la evolución histórica de esta figura delictiva, las opiniones favorables y desfavorables a su existencia, profundizaremos en sus tipos, y finalizaremos con un análisis de lo que va a significar para esta clase de infracciones la entrada en vigor de la reforma del CP, aprobado por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que entrará en vigor el 1 de julio.

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

El antecedente legislativo más lejano en el Derecho español del actual art. 227 del

¹ (1) Art. 227. "1. El que dejare de pagar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica en favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación, o proceso de alimentos a favor de sus hijos, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses. 2. Con la misma pena será castigado el que dejare de pagar cualquier otra prestación económica establecida de forma conjunta o única en los supuestos previstos en el apartado anterior. 3. La reparación del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cuantías adeudadas".

(2) Art. 618.2. "El que incumpliere obligaciones familiares establecidas en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación o proceso de alimentos a favor de sus hijos, que no constituya delito, será castigado con la pena de multa de 10 días a dos meses o trabajos en beneficio de la comunidad de uno a 30 días".

² Circular 2/90 de la Fiscalía General del Estado, respecto a la imposibilidad de cumplimiento como causa de inexigibilidad de otra conducta o como causa excluyente de la culpabilidad; SAP Tarragona (2ª) nº 307/13, de 30 de mayo; y SAP Murcia (3ª) nº 333/13, de 12 de junio.

CP se encuentra en el art. 34 de la Ley del Divorcio de 2 de marzo de 1932. En dicho artículo, se castigaba con pena de prisión de tres meses a un año o multa de 500 a 10.000 pesetas al cónyuge divorciado que estando obligado a prestar pensión alimenticia a otro cónyuge o a los descendientes, dejara culpablemente de pagarla durante tres meses consecutivos, castigando la reincidencia con pena de prisión. La figura desapareció al derogarse la ley que la regulaba y dejar de admitirse en España el divorcio.

El antecedente legislativo más cercano es el art. 487 bis³ del CP, Texto Refundido de 1973, incorporado a nuestro texto punitivo por la Ley Orgánica 3/89, de 21 de junio, de actualización del CP, que introdujo dicho precepto como un complemento al delito que ya existía de abandono de familia, quedando recogido en el ámbito de los delitos contra la libertad y seguridad. La aparición de ese artículo se justificó con la finalidad de proteger a los miembros económicamente más débiles de la unidad familiar frente al incumplimiento de deberes asistenciales por parte del obligado a prestarlos, intentando así otorgar la máxima protección a quienes en las crisis matrimoniales padecen las consecuencias de la insolidaridad del obligado a prestaciones de aquella clase.

El CP de 1995 mantuvo la figura, si bien cambió la ubicación sistemática al crearse un nuevo título, el decimosegundo, dedicado a los Delitos contra los derechos y deberes familiares, cuya sección 3ª reguló los delitos de abandono de familia, menores e incapaces, dedicando el art. 227 al impago de pensiones. Son bastantes las novedades de este nuevo código frente al anterior, pues subsanó la omisión de los hijos extramatrimoniales; incluyó el incumplimiento de prestación de pago único y una referencia expresa al régimen de la responsabilidad civil derivada del delito; y rebajó el nivel de ofensividad al adelantar la existencia de delito ante dos incumplimientos consecutivos o cuatro no consecutivos, frente a los tres y seis de la anterior regulación.⁴

La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, modificó la penalidad del art. 227 e introdujo una nueva falta de incumplimiento de obligaciones familiares en el art.

³ El precepto castigaba con la pena de arresto mayor y multa de 100.000 a 500.000 pesetas a quien “dejare de pagar durante tres meses consecutivos o seis no consecutivos cualquier tipo de prestación económica en favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial, en los supuestos de separación legal, divorcio o declaración de nulidad del matrimonio”.

⁴ COLAS TURÉGANO, A. Breve reflexión sobre el delito de impago de pensiones. Art. 227 CP. Revista Boliviana de Derecho, nº 17, enero 2014, pp.214-215.

618.2 del CP, incluyendo, entre otros, los incumplimientos económicos no constitutivos de delito.

El pasado 30 de marzo, fue aprobada la Ley Orgánica 1/2015, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Esta Ley mantiene intactos los arts. 227 y 228 del CP. Pero, como consecuencia de la derogación del Libro relativo a las faltas, desaparece la figura del art. 618.2.

III. CRÍTICAS

La figura delictiva del impago de pensiones nació envuelta en polémica porque, para algunos, se trataba de un supuesto de “prisión por deudas”, prohibido en el art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 1966, ratificado por España en 1977; precepto integrado en nuestro ordenamiento jurídico conforme a lo dispuesto en los arts. 10.2⁵ y 96.1⁶ de la Constitución Española.

Los detractores de este delito estiman que es innecesario, esencialmente, por dos razones:

1ª Porque el ordenamiento penal dispone de preceptos que podrían aplicarse a los incumplimientos de que tratamos. Así, si se concibe la figura en clave formal, como incumplimiento de resoluciones judiciales, se podría acudir al delito de desobediencia a las disposiciones de este tipo. O, si se mantiene que la clave de esta figura delictiva es la posición de desamparo del acreedor, podría recurrirse al delito de alzamiento de bienes.⁷

2ª Porque el Derecho Civil contiene mecanismos suficientes para hacer posible que el obligado al pago haga efectiva la cantidad que le corresponde sin tener que acudir a la sanción penal. Se citan para ello diferentes preceptos, como el art. 91 del Código Civil⁸, que permite al juez dictar todas las medidas que sean necesarias; el art. 93 del

⁵ “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”

⁶ “Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.”

⁷ COLAS TURÉGANO, A. Breve reflexión. RBD, nº 17, enero 2014, p. 214.

⁸ “En las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en ejecución de las mismas, el Juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, determinará conforme a lo establecido en los artículos siguientes las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, liquidación del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna. Estas medidas podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias.”

mismo texto legal que se refiere a las medidas asegurativas de las pensiones alimenticias de los hijos⁹; y también el art. 103.3, que menciona las garantías, depósitos, retenciones u otras medidas cautelares convenientes para asegurar el cumplimiento de las obligaciones económicas. Además, el art. 776 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en lo sucesivo, LEC) recoge que, en la ejecución de las medidas adoptadas en procesos de nulidad, separación o divorcio, se pueden imponer multas coercitivas al cónyuge o progenitor que incumpla de manera reiterada las obligaciones de pago de cantidad, sin perjuicio de hacer efectivas sobre su patrimonio las cantidades debidas y no satisfechas.¹⁰

En el lado opuesto, se encuentran quienes justifican constitucionalmente la existencia y sustantividad de esta figura delictiva del siguiente modo:

1º. Debe sancionarse el incumplimiento de resoluciones judiciales y la grave situación de necesidad que el incumplimiento del deudor aboca a los acreedores.¹¹

2º. Corresponde a los poderes públicos la protección constitucional de la familia y los hijos (art. 39 de la Constitución), y el impago de las pensiones acordadas judicialmente supone una infracción de los deberes básicos de las relaciones familiares, ya que afectan a las necesidades esenciales de las personas, tales como la alimentación, la educación y las prestaciones asistenciales. Se trata de una infracción de los deberes de ayuda y solidaridad por parte de quien está obligado a ello, tanto legal como judicialmente. Además, no es un supuesto de prisión por deudas, ya que el delito del art. 227 del CP no sanciona exclusivamente el incumplimiento, pues éste debe ir acompañado de la voluntad de no pagar.¹²

IV. ANÁLISIS DE LOS ARTS. 227 (1, 2 Y 3), 228 Y 618.2 DEL CP

IX. Art. 227.1

El delito descrito en el número 1 del art. 227 del CP se configura como un delito

⁹ “El Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento. Si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes de este Código”.

¹⁰ ORTIZ GONZÁLEZ, AL. Aspectos penales de especial incidencia en la separación y el divorcio: impago de pensiones, alzamiento de bienes y violencia. Cuadernos de Derecho Judicial, nº 24-2005, pp. 4-5

¹¹ COLAS TURÉGANO, A. Breve reflexión. RBD, nº 17, enero 2014, p. 214.

¹² ORTIZ GONZÁLEZ, AL. Aspectos penales. CDJ, nº 24-2005, p. 5

de omisión que exige como elementos esenciales:

- La existencia de una resolución judicial firme dictada en proceso de separación, divorcio, nulidad matrimonial, filiación o alimentos, que establezca la obligación de abonar una prestación económica en favor del cónyuge o de sus hijos, sin que sea preciso que acompañe a tal derecho de crédito una situación de necesidad vital por parte del beneficiario de la prestación.¹³
- La conducta omisiva consistente en el impago reiterado de esa prestación económica durante los plazos exigidos en el precepto legal -dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos-;¹⁴ conducta de omisión cuya realización consume el delito, ya que es de mera actividad, sin necesidad de que, además, se produzca algún tipo de resultado perjudicial complementario, aparte de la falta misma de percepción de la prestación establecida.¹⁵
- La necesaria culpabilidad del sujeto dentro de los principios establecidos en el art. 5 del CP¹⁶, con la concurrencia del conocimiento de la obligación de pagar y de la voluntariedad en el impago¹⁷, que resulta inexistente en los casos de imposibilidad objetiva de afrontar la prestación debida, que quedan excluidos de la sanción penal.¹⁸

Lo anteriormente expuesto ha de completarse en un doble sentido:

1º En los casos de cumplimiento parcial, debe rechazarse cualquier formal automatismo que convierta en acción típica todo lo que no sea un íntegro y total cumplimiento de la prestación económica. La antijuridicidad de la conducta exige la sustancial lesión del bien jurídico protegido. De ahí que ni todo abono parcial de la deuda conduce a la atipicidad de la conducta¹⁹, ni ésta se convierte en delictiva cuando lo insatisfecho es de escasa importancia en relación con lo pagado, lo que deberá determinarse en cada caso concreto, en función de las circunstancias concurrentes.²⁰

¹³ BRAGE CERDAN, SB. El delito de impago de pensiones. (Art. 227 CP). Revista Xurídica Galega, nº 36, 2002, p. 17.

¹⁴ SAP Barcelona (10ª) nº 423/2013, de 6 de mayo.

¹⁵ COLAS TURÉGANO, A. Breve reflexión. RBD, nº 17, enero 2014, p. 219.

¹⁶ “No hay pena sin dolo o imprudencia”.

¹⁷ SAP Zaragoza (3ª) nº 106/2013, de 21 de mayo.

¹⁸ COLAS TURÉGANO, A. Breve reflexión. RBD, nº 17, enero 2014, pp. 222-223.

¹⁹ BRAGE CERDAN, SB. El delito de impago. RXG, nº 36, 2002, pp. 20-21.

²⁰ SAP Murcia (2ª) nº 124/2013, de 20 de mayo.

2º De la inexistencia del delito en los casos de imposibilidad de pago, no se sigue que la acusación deba probar, además de la resolución judicial y la conducta omisiva, la disponibilidad de medios suficientes por parte del acusado para pagar. El hecho mismo de que se haya establecido judicialmente y se mantenga su importe permite inicialmente inferir de manera razonable la posibilidad de pago por el deudor y la voluntariedad de su omisión. Pero esto no impide que el acusado pruebe la concurrencia de circunstancias que hayan hecho imposible el pago²¹, acreditándose así la ausencia de dolo en el impago de la prestación debida.²²

X. Art. 227.2

El número 2 del art. 227 de CP se refiere a prestaciones diferentes a las de tracto sucesivo, como la prevista en el art. 99 del Código Civil, que permite sustituir la pensión acordada judicialmente por la constitución de una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o dinero; en tales casos, el incumplimiento será único por la configuración de la prestación económica.²³

XI. Art. 227.3

La razón histórica de la introducción del número 3 del artículo 227 del CP en la reforma de 1995 fue la de resolver la cuestión que se planteó, tras la creación de esta modalidad de abandono, al considerarse por muchos juzgados y tribunales que este delito no tenía aparejada la responsabilidad civil del pago de las pensiones debidas, ya que éstas eran la causa del delito en sí mismas y no su consecuencia.²⁴

La reforma puso fin a esta interpretación y la responsabilidad civil derivada de este delito será la que provenga del periodo de impago que se le imputa al acusado y por el que se celebra el juicio, y no por todas las cuantías que pueda tener pendientes. De otra forma, el juzgado o tribunal penal se convertiría en ejecutor de una sentencia civil y de una responsabilidad no derivada del supuesto de hecho enjuiciado, sino del incumplimiento de aquélla, que tiene su propio sistema de ejecución. Pero, además, podría llegarse al absurdo de que las consecuencias civiles del delito no finalizasen nunca, en tanto siguiese impagando.²⁵

²¹ BRAGE CERDAN, SB. El delito de impago. RXG, nº 36, 2002, pp. 18-20.

²² SAP Burgos(1ª) nº 277/2013, de 5 de junio; SAP Badajoz (1ª) nº 71/2013, de 19 de junio; y SAP Jaén (2ª) nº 178/2013, de 7 de octubre

²³ BRAGE CERDAN, SB. El delito de impago. RXG, nº 36, 2002, p. 18.

²⁴ COLAS TURÉGANO, A. Breve reflexión. RBD, nº 17, enero 2014, p. 226.

²⁵ COLAS TURÉGANO, A. Breve reflexión. RBD, nº 17, enero 2014, p. 227.

Uno de los principales problemas que se presentan respecto de la responsabilidad civil nacida de este delito es el de determinar cuál es el criterio a utilizar para cuantificar la cantidad debida por ese concepto. La dificultad aparece al tratarse de una obligación de tracto sucesivo²⁶, lo que ha dado lugar a distintos pronunciamientos por parte de las Audiencias Provinciales. En esencia, dichos pronunciamientos son los siguientes: La responsabilidad civil se determina hasta el momento de la denuncia o querrela; hasta el momento en el que se dicta auto de procedimiento abreviado; en el momento de presentar el escrito de acusación formulando las conclusiones provisionales; en el momento de elevar a definitivas las conclusiones provisionales; o en el momento de dictar sentencia.²⁷

XII. Art. 228²⁸ CP

El art. 228 del CP establece que el delito previsto en el anterior art. 227 sólo se perseguirá previa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal, añadiendo que cuando aquella sea menor de edad, incapaz, o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.

La claridad con la que se pronuncia el art. 228 hace que no sea posible iniciar un procedimiento por impago de pensiones con un testimonio de actuaciones acordado en un procedimiento civil y remitido a la jurisdicción penal. Ni siquiera la posterior intervención del Ministerio Fiscal podría sustituir o convalidar la exigencia de la denuncia que sólo corresponde a la "persona agraviada". Respecto de pensiones fijadas a favor de los hijos, son éstos los agraviados y a ellos les compete la denuncia cuando son mayores de edad, sin que tenga validez la interpuesta por la madre²⁹.

XIII. Art. 618.2

La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, introdujo como falta el incumplimiento de obligaciones familiares a través del art. 618.2 del CP, donde cabe incluir todas aquellas conductas que no alcancen los plazos fijados para el delito.

²⁶ CASAS COBO, PA. Cuestiones prácticas y divergencias del Juzgado de lo Penal en relación con los Juzgados de Instrucción y la Audiencia Provincial. Cuadernos Digitales de Formación nº 11 – 2014, pp.16-22.

²⁷ ORTIZ GONZÁLEZ, AL. Aspectos penales. CDJ, nº 24-2005, pp. 12-13.

²⁸ “Los delitos previstos en los dos artículos anteriores, sólo se perseguirán previa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.”

²⁹ ORTIZ GONZÁLEZ, AL. Aspectos penales. CDJ, nº 24-2005, p. 6.

Muchos criticaron la introducción de esta nueva infracción leve, por encontrarnos ante una clara manifestación del proceso expansivo del Derecho penal al que estamos asistiendo en los últimos tiempos, desconociendo uno de sus principios básicos, que es el de *la intervención mínima* como manifestación del principio general de proporcionalidad. El Derecho penal, que debería ser último recurso del ordenamiento por la gravedad de sus consecuencias, se convierte en la primera opción a la que se acude en muchas ocasiones. Además, deberían tenerse en cuenta las consecuencias negativas que pueden derivarse de las infracciones de escasa entidad, sobre todo en un ámbito tan delicado y privado como el de las relaciones familiares, cuando el ordenamiento jurídico ofrece otras opciones como la jurisdicción civil y la justicia reparadora (la mediación), tanto en el ámbito civil como en el penal.³⁰

V. LA INFRACCIÓN PENAL DEL IMPAGO DE PENSIONES TRAS LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL OPERADA POR LO 1/2015

En el ámbito al que se refiere esta comunicación, la reforma del Código Penal que entrará en vigor el próximo 1 de julio contiene dos modificaciones:

1.- La Sección 3.^a del Capítulo III del Título XII del Libro II pasa a llamarse “Abandono de familia, menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección”, habiéndose sustituido la palabra “incapaces” por la expresión “personas con discapacidad necesitadas de especial protección”.

2.- Queda derogado el Libro III de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, es decir, el relativo a las faltas. Según explica la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2015, se suprime el art. 618.2, sin incluir nuevas sanciones delictivas, pues las conductas más graves de incumplimiento de deberes familiares están ya tipificadas como delito en los artículos 226 y siguientes, y los incumplimientos graves de convenios o sentencias pueden dar lugar a responsabilidad por desobediencia. Además, continúa diciendo la Exposición de Motivos, los casos de mera obstaculización, cumplimiento defectuoso o incumplimientos sin la gravedad suficiente tienen un régimen sancionador en el art. 776 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y no es un incumplimiento delictivo.

³⁰ COLAS TURÉGANO, A. Breve reflexión. RBD, nº 17, enero 2014, pp. 215-216.

VI. CONCLUSIONES

El delito de impago de pensiones constituye una clara manifestación del proceso expansivo que está viviendo el Derecho Penal en los últimos tiempos. Ante la incapacidad de otras instancias para solucionar los conflictos sociales de los más diversos ámbitos, se apela como panacea apta para solucionar todos los problemas al castigo penal.

Teniendo en cuenta que el denunciante sólo pretende obtener la pensión adeudada, no debería nunca acudir a la jurisdicción penal sin haber intentado previamente otras posibilidades, como la de la ejecución dineraria en el ámbito de la jurisdicción civil.

En todo caso, resultaría de mayor interés que el legislador indagara nuevas fórmulas que no pasaran exclusivamente por la estricta represión para solucionar determinados conflictos, sobre todo en ámbitos como el de las relaciones familiares con un componente emocional y afectivo tan especial. Por ejemplo, el recurso a la mediación penal podría ser una buena opción, mucho más positiva para todas las partes del conflicto. Se trata de un sistema alternativo de resolución de conflictos, que da el protagonismo a las partes, cuando se ha producido un delito o falta. Está promovido por el juzgado y es realizado por un equipo de mediación especializado, que permite restaurar los daños causados a través de acuerdos que satisfagan a todas las partes implicadas. Sus ventajas son muchas: Posibilita el diálogo entre las partes sobre el hecho delictivo y sus consecuencias; permite a la víctima recuperar su papel protagonista, permitiéndole encontrar el resarcimiento más satisfactorio para ella; Estimula a quien ha delinquido en el desarrollo de su capacidad para responsabilizarse del hecho, al enfrentarse a la víctima y al daño causado; permite agilizar la respuesta social ante la comisión de un delito, aportando al sistema judicial un instrumento flexible que además ahorra costes judiciales; fomenta la cultura del diálogo para la resolución de conflictos; evita la penalización de conflictos en el ámbito familiar; y puede tener efectos preventivos, reduciendo la reincidencia.

Pero parece que el legislador está más ocupado en aumentar el número de delitos y la gravedad de las penas, que en buscar fórmulas que eviten los delitos o, cuando se cometen, conseguir la justicia reparadora para la víctima.

BIBLIOGRAFÍA

BRAGE CERDAN, SB. El delito de impago de pensiones. (Art. 227 CP). Revista Xurídica Galega, nº 36,

2002, pp. 13-26.

CASAS COBO, PA. Cuestiones prácticas y divergencias del Juzgado de lo Penal en relación con los Juzgados de Instrucción y la Audiencia Provincial. Cuadernos Digitales de Formación nº 11 – 2014, pp.16-22.

COLAS TURÉGANO, A. Breve reflexión sobre el delito de impago de pensiones. Art. 227 CP. Revista Boliviana de Derecho, nº 17, enero 2014, pp.210-229.

ORTIZ GONZÁLEZ, AL. Aspectos penales de especial incidencia en la separación y el divorcio: impago de pensiones, alzamiento de bienes y violencia. Cuadernos de Derecho Judicial, nº 24-2005, pp. 3-14

* * * * *

Ana Isabel Betrán Pardo

Fiscal Sustituta, Constantí, Tarragona. Socia de la FICP.

~Del principio de oportunidad en el proceso por delitos leves~

Resumen.- La L.O. 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal, ha supuesto la introducción en nuestro ordenamiento jurídico de una nueva clase de delitos, los delitos leves, para cuyo enjuiciamiento el legislador ha creado un procedimiento específico basado en el anteriormente existente para los juicios de faltas. En el mismo, aparece por primera vez en la legislación de adultos la posibilidad de archivar el procedimiento sin celebración de juicio con apoyo en lo que podría definirse como una tímida manifestación del principio de oportunidad, del cual el Ministerio Fiscal se convierte en depositario. No obstante, su formulación se presenta como demasiado rígida y sus bases se asientan en torno a conceptos jurídicos indeterminados tales como la “muy escasa gravedad” o la “ausencia de interés público relevante” que resultan de difícil integración y sugieren un gran margen de discrecionalidad. Por otra parte, tampoco se aclara de forma suficiente cómo quedará en estos casos la posición del perjudicado, cuyos derechos quedan difuminados y arrojan más sombras que luces.

I. PLANTEAMIENTO

En los últimos años se ha hablado mucho de la crisis perenne de las penas privativas de libertad y de los sistemas penales, y por ende, de la necesidad de encontrar mecanismos alternativos para sustituir los clásicos postulados retribucionistas del Estado en la persecución y castigo de los delincuentes, por nuevas formas de justicia basadas en la reparación del daño y en la rehabilitación del infractor.

Lo anteriormente expuesto, constituye una preocupación de la política criminal en toda Europa que ya se ha ido introduciendo en algunos países de Derecho Comparado y a la que nuestro ordenamiento jurídico no puede permanecer ajeno, dado que además, estas nuevas formas de justicia se proyectan a su vez sobre un problema principal, como es crear métodos y estrategias susceptibles de dotar a la Administración de Justicia de mayores niveles de eficacia y celeridad. Por ello, puede afirmarse que dos bien distintas son las perspectivas desde las que se afronta esta cuestión: Aquella más utópica en base a la cual la implantación de la justicia restauradora o retributiva aparecería como una fórmula para aligerar el conflicto surgido entre víctima y victimario, siendo que de esta forma se pondría una solución a la controversia que fuera beneficiosa para las dos partes, y otra perspectiva más real, en base a la cual se aligeraría la carga de trabajo de los Juzgados y se conseguiría una justicia más rápida y más eficaz.

Una de las formas de contribuir a la consecución de este objetivo, sería a través de la implantación en el sistema de justicia de adultos del llamado principio de oportunidad, el cual se encuentra ya desarrollado para determinados supuestos en la jurisdicción de menores. No obstante, en la jurisdicción de adultos, a pesar de que por

parte de la doctrina se quieren encontrar resquicios formales de este principio y sus consecuencias, lo cierto es que las manifestaciones del mismo en su concepción más dogmática son inexistentes hasta la fecha. Aunque quizás debamos comenzar a hablar en pasado y decir que lo eran, cuando el 1 de julio de 2015 entre en vigor la Disposición Final Segunda de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal, la cual, con carácter de ley ordinaria dará una nueva redacción a algunos de los preceptos que componen el Libro VI de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que se dedica a las faltas. Concretamente, el que será a partir de julio el nuevo art. 963 de la L.E.Crim contiene en el apartado primero lo que podríamos llamar una manifestación del principio de oportunidad, siendo esta la primera que aparece en el ordenamiento de adultos, cuyas características, así como las dudas que surgen en torno al mismo ocuparán buena parte de las siguientes páginas, tarea esta que abordaremos desde una aproximación al concepto del principio de oportunidad.

II. APROXIMACIÓN AL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

DE LA OLIVA¹ expresa que, con frecuencia, se entiende el principio de oportunidad con gran amplitud y vaguedad de forma que engloba y significa tantas y tan diversas cosas que en realidad, no significa nada claro y seguro. Por principio de oportunidad podemos entender aquel en cuya virtud el deber estatal de imponer penas no debería de ser cumplido (o el *ius puniendi* satisfecho) siempre según los criterios legales, en el caso en que concurriesen sus presupuestos, sino que estaría condicionado al poder atribuido al Ministerio Fiscal u órgano similar para disponer bajo condiciones precisamente especificadas por la Ley o con amplio arbitrio, del ejercicio y del modo de ejercicio de la acción penal, independientemente de que se hubiese conocido la existencia de un hecho de apariencia punible y de que apareciesen unos presuntos autores del mismo.

Otra definición mucho más concisa la encontramos en la Recomendación 18 (87) del Comité de Ministros del Consejo de Europa², que define el principio de oportunidad como la facultad de renunciar a la iniciación de una procedimiento penal o de poner término al ya iniciado.

¹ DE LA OLIVA SANTOS, A., Derecho Procesal Penal, Editorial Universitaria Ramón Areces, 8ª edición, Madrid 2.007, p.21.

² Esta Recomendación, a pesar de que no tiene carácter vinculante para el legislador, sugiere a los Estados miembros la adopción o ampliación de criterios de oportunidad en el ejercicio de la acción penal, conforme al contexto histórico y a la Constitución de cada uno de los Estados, con el fin de paliar retrasos en el curso de los procesos penales y acelerar y simplificar la justicia penal.

A su vez, GIMENO SENDRA³ entiende por principio de oportunidad la facultad que al titular de la acción penal asiste para disponer bajo determinadas condiciones de su ejercicio, con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado. Otros autores dicen que por principio de oportunidad ha de entenderse la opción del legislador de otorgar al Ministerio Público aquellas facultades que resulten necesarias para que este pueda, ante determinadas circunstancias- las que determine la Ley con base al interés público- tomar la decisión más adecuada entre los diversos cursos de acción que la Ley –procesal penal- establezca como posibles⁴.

Nuestra particular aportación al concepto pasaría por decir que por principio de oportunidad ha de entenderse la posibilidad legal de evitar una eventual condena, o eludir el cumplimiento de aquella que podría imponerse a quien, *ab initio* o en una fase embrionaria del procedimiento penal, podría tenerse como presunto autor de un delito, haciendo innecesaria la instrucción completa de la causa y la celebración del juicio oral.

Así las cosas, en nuestro ordenamiento jurídico, cualquier posible manifestación fáctica del principio de oportunidad ha encontrado siempre el obstáculo del principio de legalidad. Pero, ¿son legalidad y oportunidad dos principios irreconciliables? Trataremos a continuación de dar respuesta a esta cuestión.

III. LEGALIDAD Y OPORTUNIDAD, ¿DOS PRINCIPIOS IRRECONCILIABLES?

Dentro del ámbito del proceso penal, la doctrina científica suele referirse a los principios de oportunidad y de legalidad como dos tipos alternativos de determinación de las facultades del órgano encargado de la acusación pública en el momento en el que este deba plantear la acción penal. De esta forma, el principio de legalidad se traduce en la obligación del Ministerio Público de ejercitar dicha acción tan pronto como tenga constancia de la comisión de una infracción penal. Una de las manifestaciones más claras del principio de legalidad es la indisponibilidad del objeto del proceso penal,

³ GIMENO SENDRA V. J., Fundamentos del Derecho procesal penal, Cívitas ediciones, Madrid, 1991, p. 34.

⁴ LIFANTE VIDAL, I., citado por CUADRADO SALINAS, C., Discrecionalidad del Fiscal y flexibilización de la acción penal, El interés público en una administración eficaz de la justicia, Revista General de Derecho Procesal, nº 18,2.009.

vinculado no sólo al Juez sino también a los titulares de la acción penal y al procesado o imputado⁵.

En nuestro país, el principio de legalidad se contiene en el art. 9-3 CE y que en lo que se refiere al proceso penal se concreta en el art. 24-2 de la CE, precepto este que debe de integrarse con el art. 1 de la L.E.Crim. Por su parte, el art. 124 Constitución encomienda al Ministerio Fiscal la misión de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, de oficio o a petición de los interesados. En el párrafo segundo, somete el ejercicio de sus funciones a los principios de legalidad e imparcialidad.

Desde esta perspectiva, resulta dificultoso pensar que en nuestro ordenamiento jurídico pudiera haber algún resquicio del principio de oportunidad, pero como ha ocurrido en otras ocasiones, razones de política legislativa y criminal llevaron a introducirlo en la jurisdicción de menores, según dice un sector doctrinal, a fin de comprobar cuales eran sus resultados antes de introducirlo en la jurisdicción de adultos. Por ello la L.O. 5/2000 de 12 de enero reguladora de la responsabilidad penal de los menores hace una apuesta decidida por el principio de oportunidad, según decíamos, como antesala a lo que de *lege ferenda* pueda ocurrir en el derecho penal de adultos.

Pero a nuestro juicio, lo que hoy por hoy constituye un obstáculo clave para la introducción en la jurisdicción penal de adultos del principio de oportunidad es el art. 105 L.E.Crim, según el cual, *los funcionarios del Ministerio Fiscal tendrán la obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la ley, todas las acciones penales que consideren procedentes, haya o no acusador particular en la causa, menos aquellas que el Código Penal reserva a la querrela privada*. En general, el Fiscal viene obligado a ejercitar la acción pública por imperativo de los arts. 125 CE, 435 L.O.P.J. y 105 de la L.E.Crim.

No obstante, lo cierto es que siguiendo con el marco teórico, la doctrina suele distinguir entre dos tipos de discrecionalidad que a su vez corresponderían a dos formas de instrumentalizar el principio de oportunidad: la oportunidad pura⁶ y la oportunidad

⁵ SANCHO GARGALLO, I., Legalidad, oportunidad y transacción penal en el procedimiento abreviado, Los principios del proceso penal y la presunción constitucional de inocencia, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1.992, p. 236.

⁶ Es propia de países anglosajones y encuentra su máxima expresión en Norteamérica a través del instituto del *plea bargaining* o *plea guilty* conforme al cual la acusación se formula previa transacción con el acusado y es aceptada por éste en los términos concertados, que son aprobados por el Juez, eludiéndose así el enjuiciamiento y todo trámite procesal.

reglada⁷. Así, mientras que la primera provoca un amplio margen de discrecionalidad en la toma de decisiones a la hora de renunciar al ejercicio de la acción penal, la discrecionalidad reglada, en cambio, corresponde al ámbito del acusador público en aquellos ordenamientos en donde, si bien rige el principio de legalidad como regla general, se permiten excepciones basadas en razones de oportunidad que otorgan un cierto grado de discrecionalidad al Fiscal pero limitado a la norma, por lo que la posibilidad del Fiscal de renunciar a la acción penal está específicamente establecida en la Ley. El hecho de que sea el Fiscal, como consecuencia de la oportunidad reglada, el que tenga la posibilidad de no ejercitar la acción penal ha llevado a decir a la doctrina, que se está convirtiendo al Fiscal en el ámbito de este procedimiento en un órgano verdaderamente enjuiciador al concederle funciones que exceden del ámbito de la acusación para entrar en el de la declaración de derechos y que por lo tanto, son exclusivas de los Jueces, ya que el Fiscal tiene acceso a la posibilidad de cerrar el proceso sin juicio ni sentencia, con posible infracción del derecho a la tutela judicial efectiva de las víctimas. Pero lo anterior podría contradecirse añadiendo que los límites impuestos por el Estado de Derecho impedirían ver al principio de oportunidad como un instrumento de arbitrariedad o ausencia de legalidad cuando se trata de incorporarlo a las facultades del órgano público de la acusación.

Y abandonando el marco estrictamente teórico, lo cierto es que la doctrina, se encuentra casi unánimemente de acuerdo que no resulta imposible introducir en la legislación de adultos el principio de oportunidad, dado que el art. 105 de la L.E.Crim no le cierra totalmente el paso, desde el momento que la ley prevea el desarrollo de esa discrecionalidad, por lo que nada impediría la aplicación del principio de oportunidad reglada. Algunos autores incluso, han puesto de manifiesto que tales postulados no constituyen una aplicación del principio de oportunidad sino manifestaciones singulares del principio de legalidad. Así, la oportunidad reglada se hace legalidad y su aplicación es correcta y ortodoxa⁸.

Otros autores han mantenido que es estos supuestos de oportunidad reglada, mas que una quiebra del principio de legalidad lo que hay es una atenuación del principio de obligatoriedad de la acusación. También desde el punto de vista puramente teórico se ha

⁷ Es propia de sistemas continentales o mixtos y se aplica por el Ministerio Fiscal a determinados delitos o determinados delincuentes, sea absteniéndose de sin más de la acusación, sea suspendido esta bajo determinadas condiciones o medidas.

⁸ RUIZ VADILLO, E., La actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal, Poder Judicial, Madrid, 1.987, Número especial II, p. 68.

concluido que los principios de legalidad y oportunidad serán reflejo teórico de la realidad jurídica en la cual coexistan, coexistencia esta que estará legitimada desde el derecho penal a través de la teoría de la pena propia del derecho penal funcional⁹.

Por tanto, concluiremos diciendo que uno y otro principio, ni son antagónicos, ni son irreconciliables, ni están necesariamente y siempre encontrados, ya que esto solo ocurrirá cuando el principio de oportunidad determine un ejercicio del *ius puniendi* más allá o contra lo previsto en la ley, es decir, rompiendo la seguridad jurídica que proporciona la previa previsión legal de los delitos y de las penas.

IV. MANIFESTACIONES Y PSEUDOMANIFESTACIONES DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LA JURISDICCIÓN PENAL VIGENTE.

La L.O. 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor, sin olvidar el interés de la víctima, apuesta decididamente por una serie de supuestos en los que el procedimiento no se inicia, o termina anticipadamente, siempre que concurren una serie de circunstancias reguladas por la Ley, y teniendo como fundamento, el interés superior del menor, así como la escasa lesión social producida por el delito y la falta de interés en su persecución. Esta regulación, no obstante, venía de alguna forma impuesta por las Reglas de Beijing de 1.985 adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985. No obstante, en sus inicios fue mirada con recelo por algunos autores, como ESQUIVIAS JARAMILLO¹⁰, quien expresaba que, a su juicio, presentaba un cierto riesgo de inseguridad, al no saberse desde el principio si se incoa o se desiste de lo incoado una vez incoado (artículos 17-5 y 18), si se solicita el sobreseimiento del expediente o su continuación, si se aprueba o no la reparación extrajudicial por el Juez si la víctima fuere menor de edad, si se dicta sentencia de conformidad, si se procede al archivo acordado por el Fiscal como algo residual previsto en el art.º 33-c, y llegados al momento de dictar el fallo, si este quedará o no en suspenso en la vista judicial o posteriormente, dando cierta sensación de ahogo, por que todo puede ser o dejar de ser, o la medida pueda ser dejada sin efecto en fase de ejecución o cambiada por otra.

⁹ PERDOMO TORRES, F., Legitimación penal de la coexistencia de los principios de la legalidad y oportunidad, Cuadernos de Política Criminal, nº 94, 2.008, p. 143.

¹⁰ ESQUIVIAS JARAMILLO, J. I., El principio de oportunidad procesal, Soluciones al conflicto. Recursos y ejecución de medidas, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, VI-2000, p. 380.

Pero superado el inicial desconcierto, lo cierto es que resultan de gran relevancia las numerosas manifestaciones del principio de oportunidad, las cuales sólo enumeraremos por ser otro el principal objetivo de este trabajo. Así, partiendo del hecho de que la instrucción de los procedimientos se encuentra en manos del Fiscal, este operador jurídico se constituye en el primer depositario del principio de oportunidad cuya primera manifestación la encontramos en la posibilidad que el Fiscal tiene de desistir de la incoación del expediente regulada en el art. 18, siempre que nos encontremos ante una infracción considerada como delito menos grave o falta y además se constate la ausencia de violencia o intimidación en las personas y que el menor no haya cometido anteriormente hechos de la misma naturaleza.

Además de la anterior, es el art.19 el que contiene un verdadero despliegue de posibilidades de sobreseimiento del expediente de reforma por parte del Fiscal siempre con la nota de la no gravedad de la infracción y la ausencia de violencia o intimidación graves, siendo que a partir de esas premisas se ofrecen soluciones que van desde la conciliación con la víctima a través de una satisfacción psicológica, pasando por la reparación mediante la realización de acciones en beneficio de ésta o de la comunidad o por el compromiso de cumplir con la actividad educativa impuesta por el Equipo Técnico o el sobreseimiento del proceso atendiendo al informe del Equipo Técnico, por haber sido expresado suficientemente el reproche social o por que el transcurso del tiempo indique que no resulta adecuado intervenir por el propio interés del menor infractor.

Pero, la posibilidad de atender a una solución extrajudicial también se encuentra presente una vez el menor ha sido condenado, lo que, atendiendo a la fase procesal de ejecución donde se produce ha sido denominado por la doctrina como más que una manifestación pura del principio de oportunidad como una flexibilización en la ejecución. Ésta, puede llevarse a cabo, de oficio, por el Juez de Menores, o a instancias del Fiscal, del Letrado del menor o de la Administración competente y se funda en el hecho de que exista otra medida más adecuada que la impuesta o que se lleve a cabo la conciliación tardía con la víctima.

Por el contrario, y hasta la fecha, en lo que se refiere a la jurisdicción de adultos, no podemos encontrar manifestaciones del principio de oportunidad asimilables a lo que ocurre en la jurisdicción de menores. No obstante, encontramos algunas figuras que vienen a significar una especie de beneficio en el victimario, en el caso de que

concurran determinados requisitos, que en algunos casos se vinculan con la reparación con la víctima y que no sin cierta benevolencia podrían denominarse pseudomanifestaciones del principio de oportunidad. Tales serían el instituto de la conformidad en los juicios rápidos, o la aplicación de la atenuante de reparación del daño en cualquier tipo de procedimiento y para la gran mayoría de los delitos, o la posibilidad de imponer tareas reparadoras en determinados delitos por su especial naturaleza como serían los trabajos en beneficio de la comunidad, o la posibilidad de suspensión o sustitución de las penas privativas de libertad o el tercer grado penitenciario o la libertad condicional e incluso el indulto. Igualmente, existen determinados delitos cuya persecución queda en manos del agraviado, sin intervención del Estado, ya que se condiciona el inicio del proceso a la interposición de una denuncia.

No obstante lo anterior, ha de concluirse que por más que por algunos autores, realizando un esfuerzo integrador, se considere que la existencia de esas pequeñas manifestaciones en el proceso penal de adultos, a nuestro entender resulta claro que esas manifestaciones no son tales, pues no existen posibilidades de desistimiento en la incoación del procedimiento, ni de sobreseimiento por reparación, conciliación o mediación. Además, en todos los supuestos citados se trata más bien de beneficios o ventajas pro reo, siendo que la víctima tiene una nula intervención, como no sea en determinados delitos o faltas solo perseguibles a instancia de parte y en los que el perdón del ofendido extingue la acción penal. Además, en todos los casos, excepto en estos últimos, el procedimiento acaba con condena. Sólo se trata de mecanismos que sirven para atenuar la pena o para eludir o hacer menos gravoso su cumplimiento. No existe pues ninguna posibilidad, al menos en los delitos públicos, de que un eventual proceso reparador sirva como presupuesto para una crisis del proceso.

Pero como decíamos al inicio, no existe a esta fecha, pues distinta será la situación a partir del 1 de julio de 2015 cuando un nuevo proceso penal, el correspondiente a los delitos leves, irrumpa en el devenir diario de los Juzgados de Instrucción. Y sobre esa situación venidera, pasamos a analizar todas las cuestiones que la redacción del texto legal nos sugiere.

V. EL NUEVO PROCEDIMIENTO DE LOS DELITOS LEVES

1. La justificación del legislador

Hace ya mucho tiempo que el legislador regularmente enviaba mensajes sobre el contenido de una reforma penal y procesal que tenía en marcha y que supondría la desaparición del ordenamiento jurídico de las infracciones leves que eran las faltas, las cuales, contenidas en el Libro III del Cº Penal, se habían mantenido durante más de 165 años en un Libro aparte en todos los Códigos penales desde 1848¹¹. El argumento, parecía poderoso y estaba avalado por los informes del Consejo General del Poder Judicial y de la Fiscalía General del Estado que ponían de manifiesto la notable desproporción existente entre los bienes jurídicos protegidos por estos ilícitos y la inversión en tiempo y medios personales y materiales que requería su enjuiciamiento, y también por la dudosa necesidad de que conductas carentes en muchos casos de gravedad suficiente, deban ser objeto de un reproche penal. La desaparición del vocablo “falta” del Código Penal se ha materializado tras la publicación de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal y que entrará en vigor el próximo 1 de julio de 2015. El apartado XXXI del Preámbulo de la Ley justifica la reforma en pro de una racionalización del uso del servicio público de Justicia para reducir la elevada litigiosidad que recae sobre juzgados y tribunales, con medidas dirigidas a favorecer una respuesta judicial eficaz y ágil a los conflictos que puedan plantearse. Al tiempo, el Derecho Penal debe ser reservado para la solución de los conflictos de especial gravedad, habiéndose producido la despenalización de algunas de las faltas aún vigentes. Y para contribuir con esta tarea, una de las aportaciones del legislador es la nueva regulación del Libro VI de la L.E.Crim.

2. El principio de oportunidad reglada en el procedimiento por delitos leves

El nuevo Libro VI de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dedicado a los delitos leves, recoge en los artículos 962, 963.1 y 964.2 dos procedimientos para el enjuiciamiento de los delitos leves de similar configuración a los que contenía para las faltas, de forma que determinados delitos leves, tales como las lesiones o maltrato de obra, el hurto flagrante, amenazas, coacciones o injurias¹² que son competencia del Juez

¹¹ JIMÉNEZ SESGADO, C., Eliminar las faltas tiene delito (leve). Diario La Ley, nº 8223, Sección Tribuna, enero de 2014, Editorial La Ley, p.1.

¹² A partir de la entrada en vigor, únicamente serán perseguibles cuando ofensor y ofendido guarden alguna de las relaciones de parentesco o afinidad del art. 173-2 CP, siendo atípicas las proferidas entre particulares.

de Instrucción o del Juez de Violencia sobre la Mujer, se tramitarán como juicios rápidos, siendo obligación de la Policía cuando reciba la *noticia criminis* instruir un atestado y citar a las personas implicadas para que comparezcan ante el Juzgado de Instrucción o ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer. En cuanto al resto de los delitos leves, se encuentran excluidos de este procedimiento semejante al juicio inmediato de faltas, de forma que la Policía deberá entregar al Juzgado el atestado junto con todos los datos de localización de las personas encartadas, siendo obligación del Juzgado realizar las citaciones y convocar a las partes a la vista oral incluso durante el servicio de guardia, si fuera posible.

Y una vez haya llegado al Juzgado el atestado a que acabamos de hacer referencia, aparece la novedad principal de esta nueva regulación como es la presencia por primera vez en el derecho penal de adultos del principio de oportunidad reglada y que el legislador ha introducido en los artículos 963, para el supuesto de los delitos leves a los que se refiere el art. 962¹³ y en el número 2 del artículo 964 para los restantes casos. De esta forma, el legislador introduce en un texto normativo lo que ya anticipaba en los borradores de Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 (art. 58) y de Código Procesal Penal de 2012 (arts. 90 y 91), si bien aplicándolo únicamente respecto de los delitos leves, dado que en estos textos tenía un ámbito más amplio, por lo que la generalización del principio de oportunidad en nuestro ordenamiento podría consolidarse en el futuro.

Así las cosas, establece la nueva regulación que recibido por el Juez de Instrucción un atestado policial referido a hechos que puedan ser calificados como de delito leve, si estima procedente la incoación del juicio, se le presentan dos opciones posibles que son, la celebración del juicio o el sobreseimiento del procedimiento y el archivo de las diligencias cuando lo solicite el Ministerio Fiscal en base a dos circunstancias:

6. Que resulte de muy escasa¹⁴ gravedad de la infracción a la vista de la naturaleza del hecho, sus circunstancias, y las personales del autor; y,

¹³ Este precepto está redactado en los mismos términos en los que lo estaba el antiguo, siendo perseguibles de oficio únicamente el hurto y las amenazas y coacciones leves entre personas a las que se refiere el art. 173.2 CP y que no sean constitutivas de otro delito menos grave.

¹⁴ Si según el Diccionario de la RAE, “escasa” es sinónimo de poca y el vocablo “muy” hace referencia a un grado superlativo de significación, ambos unidos nos sitúan en un marco teórico de cuantías tan ínfimas que en la mayoría de las ocasiones resultarán extrañas.

7. Que no exista un interés público relevante en la persecución de los hechos; considerándose que en el supuesto de infracciones patrimoniales tal contingencia tendrá lugar cuando se hubiere procedido a la reparación del daño y no exista denuncia del perjudicado.

La primera de las sugerencias que nos ofrece el precepto se extrae de la presencia de la conjunción “y” presente entre las proposiciones a) y b), y es que para que se pueda producir el sobreseimiento deberán concurrir ambas, es decir, deberemos estar ante una infracción de muy escasa gravedad y que no exista interés público relevante en la persecución de los hechos.

De esta forma, en breve nos encontraremos con la necesidad de interpretar conceptos jurídicos indeterminados tales como cuándo un delito leve presenta una *muy escasa gravedad en atención a la naturaleza del hecho y las personales del autor*, y qué puede entenderse por *ausencia de interés público relevante*, pues sólo en el caso de los delitos de naturaleza patrimonial arroja luz el legislador anticipándose a discusiones doctrinales relativas a cuándo un delito de esta naturaleza podrá tenerse como públicamente irrelevante, pues dice que esto sucederá, insistimos, en los casos de delitos patrimoniales, cuando no haya denuncia del perjudicado y se haya procedido a la reparación del daño. También es este caso la conjunción “y” indica que deberán concurrir ambas circunstancias, lo que implica que si hubiera denuncia de la persona perjudicada se pierde la “oportunidad” de acordar el sobreseimiento. Será pues el Ministerio Fiscal quien ha de administrar este principio de oportunidad. Pero no que a mi juicio no se aclara de forma suficiente es si ejercitada tal facultad en un caso concreto vinculará o no a la autoridad judicial, cuestión esta, sobre la que volveremos más adelante.

Desde otra perspectiva, llama igualmente la atención tras un análisis exegético del precepto pudiera parecer que de todas las infracciones que menciona el art. 962, el Fiscal únicamente podrá pronunciarse sobre la procedencia del sobreseimiento del proceso en el caso del hurto flagrante del art. 234.2 CP y en las amenazas y coacciones leves acaecidas en el ámbito doméstico que se regulan en los artículos 171.7 y 173.2 CP y que no sean constitutivas de otro delito menos grave¹⁵, pues son las únicas infracciones de todas aquellas a las que se refiere el art. 962 que son perseguible de

¹⁵ Lo serán aquellas de esta naturaleza en las que el sujeto pasivo sea la esposa o persona unida al hombre por relación análoga a la conyugal.

oficio, ya que a las restantes, les ha conferido el legislador un origen privado, lo que implicará que se requiera la denuncia de la persona agraviada o su representante legal como requisito de perseguibilidad, y que por tanto no intervenga el Ministerio Fiscal (art. 963.3) y a salvo de las instrucciones que puedan impartirse sobre el particular por la Fiscalía General del Estado. En estos casos, no podrá hablarse de principio de oportunidad, dado que la denuncia previa resulta ser un requisito de procedibilidad y por tanto, si no hay denuncia, no se iniciará el procedimiento. Y si iniciado el procedimiento por denuncia, en algún momento el perjudicado manifestara que renuncia al ejercicio de la acción penal, el procedimiento deberá archivarse por falta de requisito de procedibilidad. A nuestro juicio, no cabe la opción interpretativa consistente en otorgar intervención oportunista al Fiscal en los delitos cuya persecución requiere denuncia del agraviado o su representante, pues no llegamos a imaginarnos cual sería el motivo para interpretar que en un supuesto de delito patrimonial no pueda acordarse el sobreseimiento si hay denuncia de la persona agraviada y si pudiera acordarse a instancias del Fiscal el sobreseimiento en un delito que requiere denuncia de la persona agraviada y que no tiene contenido patrimonial, aunque lo cierto es que es este caso no podría predicarse la existencia de interés público relevante, pero si existe un interés particular de la persona agraviada.

Pero volviendo a los casos en que no se trate de delitos patrimoniales, ya por algunos autores¹⁶ se ha puesto de manifiesto que se trata de conceptos excesivamente laxos, lo que sin duda dará lugar a una auténtica diáspora de soluciones en la aplicación cotidiana de este principio de oportunidad. Tiene sentido hablar de la naturaleza del hecho y sus circunstancias; pues en no pocas ocasiones la contextualización de un mismo hecho hace que la necesidad de su represión penal o su reprochabilidad social varíe, pero la introducción de las circunstancias personales del autor tienen un más difícil encaje en este punto, como no sea teniendo en cuenta factores educacionales, de capacidad de autocontrol o de entendimiento y decisión o situación anímica en el momento de la comisión del hecho. Desde otra perspectiva puede apuntarse que si ya de por si la locución “interés público” se puede someter a innumerables matices, el hecho

¹⁶ RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., Los nuevos delitos leves: aspectos sustantivos y procesales, Diario La Ley, nº 8524, Sección Doctrina, 22 de abril de 2015, Editorial La Ley, p. 16.

de que ese interés público sea además "relevante", confunde más aún, pues de entrada, cualquier cuestión que albergue interés público es por definición algo relevante¹⁷.

Y además de los delitos leves a los que se refiere el art. 962, el contenido del art. 964 nos sitúa ante la presencia de los otros delitos leves que tengan esta consideración en el articulado del Código Penal, de forma que la única diferencia entre el art. 962 y el 964, es que en el caso del primero las citaciones ante el Juzgado las realiza la Policía y en el caso del segundo las hace el Juzgado, lo cual se muestra como poco trascendente, no habiendo dado el legislador ninguna explicación de porqué excluye de la posibilidad de citación policial otros delitos leves, sobre todo, si se tiene en cuenta que el Juzgado en numerosas ocasiones solicita el auxilio policial para procurar la comparecencia de las personas en los juicios y también teniendo en cuenta de que del espíritu del texto legal se desprende que estos delitos leves no necesitan de ninguna instrucción, lo que no siempre es acorde con la realidad.

No obstante, sea como fuere, lo cierto es que la mayoría de los delitos leves tienen carácter patrimonial¹⁸ y su consideración como leves queda fijada en el límite de 400 euros en relación al objeto material del delito, por lo que en este sentido el Ministerio Fiscal contará con estas referencias legales para solicitar el sobreseimiento, dado que el texto sí contextualiza en qué circunstancias se entenderá que no existe interés público relevante, que como ya hemos apuntado, será cuando no exista denuncia del perjudicado y se haya procedido a la reparación del daño. Se trata en todos estos casos de delitos que serán perseguibles de oficio.

Existen no obstante otros supuestos de delitos leves en los que la controversia interpretativa en torno a los conceptos jurídicos indeterminados referidos sin duda se mantendrá. Se trata de aquellos que son perseguibles de oficio y que no tienen carácter patrimonial, como son las amenazas y coacciones leves de los artículos 171.7 y 173.2 CP que se refieren a las personas a las que menciona el art. 173.2 CP, así como el allanamiento del domicilio de persona jurídica o local abierto al público fuera de las

¹⁷ GUZMÁN MUÑOZ, I. J., El principio de oportunidad en el borrador del Código Procesal Penal, Revista jurídica de la Comunidad Valenciana, Nº. 50, Abril 2014, p. 34.

¹⁸ Tienen esta consideración el hurto del art. 234.2, el *furtum possessionis* del art. 236-2, el hurto de uso de vehículo del art. 244.1, la alteración de términos, lindes, señales o mojones del art. 246.2, la distracción del curso de las aguas del art. 247.2, la estafa del art. 249.2, la administración desleal del art. 252.2, la apropiación indebida del art. 253.2, la defraudación de energía, agua o telecomunicaciones del art. 255.2, los daños del art. 263.2, la expención o distribución de buena fe de moneda falsa a sabiendas de su falsedad del art. 386.3 y la expención de sellos de correos o efectos timbrados conociendo su falsedad del art. 389.

horas de apertura del art. 203, el uso público e indebido de uniforme, traje o insignia del art. 402 bis CP y la falta de respeto y consideración debida a la autoridad del art. 556.2 CP. En estos casos, la interpretación de los conceptos “muy escasa gravedad de la infracción” a la vista de la naturaleza del hecho, sus circunstancias, y las personales del autor; y el concepto de “interés público relevante” serán los que deberán integrarse por parte del Ministerio Fiscal, aspecto este que sin duda respecto del cual la Fiscalía General del Estado impartirá instrucciones a los miembros del Ministerio Público a través de en una Circular, aunque la dificultad de interpretar los conceptos indeterminados que contiene el texto legal no podrá evitar que en la práctica existan ciertos márgenes de discrecionalidad y que supuestos semejantes o muy parecidos, sean resueltos de forma diferente.

Se da igualmente otra circunstancia que no deja de ser paradójica. El legislador ha querido que los delitos leves de lesiones y maltrato de obra sean sólo perseguibles a instancia de parte y no ha tenido en cuenta que si bien el art. 153-2 CP recoge un delito leve de lesiones cuando la víctima sea alguna de las personas a las que se refiere el art. 173-2 (y el autor también), la jurisprudencia ha matizado los elementos de este delito cuyo bien jurídico protegido es pluriofensivo, pues protege la integridad física de las personas en el marco de una convivencia familiar, de forma que si no existe convivencia entre agresor y agredido, no podrá haber castigo por este tipo delictivo sino por el genérico que se aplica a los particulares. La consecuencia de lo anterior es que será perseguible únicamente sólo a instancia de parte, mientras que sí serán perseguibles de oficio las amenazas y coacciones leves entre estas personas a las que menciona el art. 173-2 CP, por lo que deberá ser la jurisprudencia nuevamente la que reconduzca estas últimas infracciones a una naturaleza privada.

En otro orden de cosas, la regulación procesal contenida en el art. 962 en cuanto al trámite a seguir no deja de ser un tanto ilógica, pues parece que tiene poco sentido que el Juez haya de pronunciarse sobre un posible sobreseimiento con previo traslado al Fiscal en el marco de un procedimiento de enjuiciamiento rápido, cuando ya se encuentran citadas todas las partes ante el Juzgado, ya que pueden producirse serias disfunciones y situaciones de descoordinación o falta de adaptación a los ritmos de actuación que exige el enjuiciamiento rápido de delitos leves¹⁹, lo que no sucederá en el supuesto de los delitos leves a enjuiciar conforme al art. 964, donde las citaciones las

¹⁹ RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., Los nuevos delitos leves..., p. 17.

realizará el Juzgado y por tanto podrá realizar el traslado previo al Fiscal en caso de ser necesario.

3. La sobrevenida levedad de otros delitos menos graves ex art. 13.4 del Cº Penal

El artículo 13 del Código Penal, establece en su apartado primero que tendrán la consideración de delitos leves, los que la ley sancione con una pena leve²⁰, si bien en el apartado 4 se ha producido igualmente una modificación que desde que es conocida, sus consecuencias han venido a causar cierto asombro entre los operadores jurídicos quienes consideran que se abre una nueva vía para considerar delito leve lo que en realidad quiso el legislador que fuera un delito menos grave.

En efecto, el ya controvertido apartado 4 del art. 13 del Cº Penal establece que cuando la pena, por su extensión, pueda considerarse como leve y menos grave, el delito se considerará, en todo caso, como delito leve, lo que puede suponer que se abra la vía del enjuiciamiento por el procedimiento de delito leve, de delitos que hasta ahora tenían la consideración de menos graves. Es el caso de algunas modalidades de detención ilegal, omisión del deber de socorro, defraudaciones, etc. En total, hasta 20 delitos que tenían hasta ahora la consideración de menos graves pasarán a tener la consideración de leves por efecto del art. 13.4 CP. Serán aquellos que tengan pena de multa en la que el límite mínimo sea de un mes, con independencia de cual sea su límite superior y aquellos otros en los que su límite mínimo sea de tres meses, independientemente de cual sea su límite máximo.

Lo que se acaba de exponer no es baladí y que ha llevado a algún autor²¹ a afirmar que esta reforma no estaba dentro de los propósitos del legislador que no ha sido consciente en ningún momento del proceso legislativo de las consecuencias que esta modificación produciría de forma automática. Pero también podríamos decir que la anterior interpretación no es la única posible si partimos de la base de que en nuestro ordenamiento procesal es la pena en abstracto del delito que se imputa la que ha de tenerse en cuenta para la determinación del procedimiento, y que si por lo tanto, y en el

²⁰ Según el art. 33-4 serán, la pena de multa hasta 3 meses, la de localización permanente de 1 a 3 meses, los trabajos en beneficio de la comunidad de 1 a 30 días, así como otras privativas de derechos con un límite de 6 meses en el caso de las prohibiciones de aproximación, comunicación y residencia y de 3 meses a 1 año en el caso de la privación del derecho a conducir, la inhabilitación especial y la privación del derecho a la tenencia y porte de armas

²¹ GONZÁLEZ RUS, J. J., Secuelas “colaterales” no pretendidas de la LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal. www.diariolaley.es, 18 de mayo de 2015.

caso de delitos castigados con pena de multa, por ejemplo, el límite máximo de la pena considerada en abstracto supera los tres meses, nos encontraríamos con que el marco procedimental adecuado sería el de las diligencias previas de procedimiento abreviado o el de las diligencias urgentes, que además ofrecen la posibilidad de obtener la rebaja de un tercio en la pena a imponer en el caso de conformidad. De esta forma, y aunque parece que el legislador no contempla la posibilidad de que un delito leve necesite practicar la más mínima instrucción, ello no ha de descartarse, pues así venía haciéndose hasta ahora al iniciar un procedimiento como diligencias previas y practicada la instrucción necesaria, se adoptaba la resolución prevista en el art. 779-1 2ª reputando falta las actuaciones, por lo que no existiría obstáculo legal alguno para iniciar unas actuaciones como diligencias previas y transformarlas posteriormente al procedimiento por delito leve, ya que la Disposición Adicional Segunda de la L.O. 1/2015 establece que las menciones contenidas en las leyes procesales referidas a las faltas se entenderán en adelante referidas a delitos leves y por tanto la transformación de unas diligencias previas o urgentes en delito leve será perfectamente factible.

Y la pregunta que surge a continuación es si en los supuestos en los que el procedimiento haya comenzado por diligencias urgentes o diligencias previas y tras la correspondiente instrucción se haya determinado que un delito tiene la consideración de leve, si el principio de oportunidad podrá desplegar todos sus efectos siempre que se den las condiciones que establece el art. 962 de la L.E.Crim. Pues bien, parece que la respuesta ha de ser positiva, dado que esta interpretación será la más favorable para el imputado y es la aplicación de la ley más favorable la que deberá tenerse en cuenta siempre. Y aún traspasada la frontera del Juzgado de Instrucción, en sede de enjuiciamiento penal, también podrán plantearse otros supuestos no menos llamativos. Imaginemos que tras la instrucción de un procedimiento abreviado por un delito de robo con fuerza y situados en el momento del enjuiciamiento en el Juzgado de lo Penal, tras la prueba practicada y llegado el momento de dictar sentencia, el Juez se encuentra cumpliendo este trámite y considera que no queda acreditada la fuerza en las cosas pero si un delito leve de hurto en el que el perjudicado no tiene interés en el ejercicio de las acciones penales y civiles y además se ha reparado el daño y es muy escasa la cuantía de lo hurtado, siempre inferior a 400 euros. El supuesto descrito parece una reproducción de los postulados del principio de oportunidad que proclama el art. 962 de la L.E.Crim. Pero cómo articularlo procesalmente? Qué deberá hacer el Juez? Dar

traslado al Fiscal en fase de conclusiones definitivas para que se pronuncie sobre la posibilidad de acordar el sobreseimiento del procedimiento y el archivo de las actuaciones? Parece que este momento procesal sería muy prematuro pues nos referíamos al momento en el que el Juez, tras valorar la prueba, no apreciara probada la fuerza en las cosas, pero también parece necesario encontrar otra solución ya que nos encontraríamos de nuevo ante la necesidad de aplicar la ley más favorable y el Juez no podría dictar sentencia absolutoria pues las pruebas habrían aportado indicios de criminalidad contra el acusado, pero por otra parte, se presentaría como muy posible que en un traslado al Fiscal se decantara por la aplicación del principio de oportunidad e interesara el sobreseimiento del procedimiento y archivo de las actuaciones.

Así las cosas, resulta claro, que como en tantas otras ocasiones, los operadores jurídicos deberán interpretar el texto legal de la forma más acorde a los principios que inspiran el derecho penal tanto en su vertiente material como en la procesal, lo que no resulta nuevo y en lo que ya han adquirido cierta práctica fruto de la necesidad de dar respuesta a casos concretos en contextos particulares, si bien, parece que esta tímida aparición en el ordenamiento jurídico del principio de oportunidad arroja demasiadas sombras que el legislador ha dejado a la improvisación y buen criterio de Jueces y Tribunales y también en este caso del Ministerio Fiscal, lo que deja entrever nuevos peligros en torno al principio de seguridad jurídica.

4. Posición de los ofendidos por el delito leve

Apenas un mes más tarde de haberse publicado la L.O. 1/2015, aparecía en el Boletín Oficial del Estado la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito que entrará en vigor el próximo mes de octubre, con la que se pretende aglutinar un catálogo de derechos de la víctima, que aúne las obligaciones impuestas por las Directivas de la Unión Europea y la particular demanda de la sociedad. Sin embargo, esta Ley contiene un catálogo general que contrasta con las escuetas referencias que a las víctimas o perjudicados contiene el procedimiento para el enjuiciamiento de los delitos leves en relación con su posición procesal en el caso de que sea acordado el sobreseimiento del procedimiento y archivo de las actuaciones por aplicación del principio de oportunidad, hasta el punto de que podría afirmarse que la posición de los perjudicados queda en una nebulosa jurídica, pues no se prevé otra participación del ofendido que no sea la de la notificación de la resolución en la que se acuerde el archivo de las actuaciones. La reforma del Libro VI de la L.E.Crim que ahora se referirá a los

delitos leves sólo alcanza a algunos preceptos, siendo que otros, que pertenecían al ámbito del juicio de faltas se han mantenido en su integridad, de lo que se infiere, que tampoco para el procedimiento por delito leve resulta necesario que el denunciante sea asistido por Abogado y Procurador, siendo su intervención facultativa, al igual que ocurre en los juicios de faltas.

Así las cosas, si se mantiene la tesis de que nunca podrá el Fiscal acudir al principio de oportunidad para ninguna clase de delitos leves cuando haya denuncia de la persona perjudicada, ya sean patrimoniales o no, parece que el juicio tendría que celebrarse siempre en los casos en los que nos encontremos ante un delito perseguible únicamente a instancia de parte, pues la denuncia es un requisito de perseguibilidad. Y en estos juicios por delitos privados, a los que no asistirá el Fiscal por expreso deseo del legislador ya que ha excluido expresamente su presencia en el artículo 964.3, parece que no puede quedar ninguna duda de que el perjudicado podrá acudir personalmente sin necesidad de ser asistido por Abogado y Procurador, pues como decíamos la reforma no se ha variado el contenido del art. 969 de la L.E.Crim que establece que puede proponer prueba y en estos casos la declaración del denunciante en el juicio afirmando los hechos denunciados tendrá el valor de acusación, aunque no los califique ni señale pena.

Pero la duda surge en los supuestos en los que no se trate de un delito de carácter patrimonial y que sea perseguible de oficio, como pueden ser las amenazas o las coacciones leves de los artículos 171.7 y 173.2, la falta de respeto y consideración debida a la autoridad del art. 556.2, o el mantenerse en domicilio de persona jurídica o local fuera de las horas de apertura del art. 203, y que a la vista de que la dicción del texto legal no se prevé expresamente como en los delitos patrimoniales como requisito para aplicar el principio de oportunidad que no haya denuncia del agraviado, lo que implica que en estos supuestos, aún con denuncia, si el Fiscal pidiera el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, nos situamos nuevamente ante la tesitura de si la voluntad del perjudicado de continuar adelante con las actuaciones sería suficiente para llegar a la celebración del juicio. Y a falta de que desde la Fiscalía General del Estado se impartan instrucciones sobre el particular, parece que de entrada, e igual que ocurre ahora en los juicios de faltas, la posición del Fiscal contraria a continuar con la acusación no habría de impedir que ésta haya de continuar a instancias del perjudicado, aún sin haberse personado como acusación particular, tal y como sucede ahora según determina la jurisprudencia para los juicios de faltas, que ahora pasarán a llamarse juicios por delitos

leves, pues en definitiva, puede afirmarse que ninguna diferencia hay entre aquellos y estos, lo que se aleja notablemente de la voluntad que había manifestado el legislador.

Sin embargo, esta posición jurisprudencial que mencionamos, no es unánime en la jurisprudencia menor en la que se encuentran partidarios de aceptar una acusación laxa, formulada por el denunciante en la escueta forma prevista en el art. 969 de la L.E.Crim y los partidarios de que el denunciante sea riguroso en la formulación de la acusación, la cual no puede dejarse en manos del Juez a fin de no vulnerar el derecho de defensa. Cualquiera de las dos posturas parte de la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional el cual si bien ha modulado el alcance del derecho a conocer la acusación (como manifestación del principio acusatorio), en el juicio de faltas ha precisado, sin embargo, una serie de garantías indeclinables:

- Primera, que no cabe admitir la acusación implícita o presumir que ha habido acusación porque haya habido condena.
- Segunda, que la acusación debe ser, por tanto, previa, cierta y expresa.
- Tercera, que la pretensión punitiva o acusación debe constar exteriorizada y ser previamente formulada y conocida para ofrecer al imputado la posibilidad de contestarla, rechazarla o desvirtuarla, si bien, y aquí radica la mayor singularidad, el derecho a conocerla se satisface cuando, cualquiera que sea la forma, aquélla llegue a conocimiento del inculpado.

Dicha modulación, en contraste con los procedimientos que se siguen por delito, se justifica por el especial impacto, en su estructura y desarrollo, de los principios de oralidad, concentración y rapidez, "lo que dificulta su sometimiento a formas concretas de acusación, amén de versar en ocasiones sobre hechos que por su propia naturaleza presuponen confluencia de distintas posibles responsabilidades para cualquiera de las personas que intervengan en ellos" (STC 54/94). Lo anterior permite compatibilizar las exigencias de acusación exteriorizada, explícita, recepticia y previa a la decisión jurisdiccional con la posibilidad de que aquélla pueda manifestarse de varias formas, ya sea en la denuncia inicial o posteriormente, lo que acontecerá cuando ésta responda a los requisitos que le son propios y se cumpla con la previsión de que el juicio comience con su lectura (art. 969 LECrim) o ya en el propio acto del juicio oral, cuando las partes precisen los hechos que constituyen el objeto del proceso. De esta manera, consideramos que la anterior doctrina resultará de plena aplicación en los juicios por

delitos leves, pues basada en el art. 969 éste no ha sido reformado en su esencia, sino sólo en cuanto a la habilitación para que el Fiscal General del Estado imparta instrucciones en relación a los juicios en los que no acudirá el Ministerio Público y en los que no deberá evacuar el informe sobre el principio de oportunidad.

VI. CONCLUSIONES

No puede decirse que las manifestaciones del principio de oportunidad contenidas en el Libro VI de la L.E.Crim de las que el legislador ha hecho depositario al Ministerio Fiscal hayan aparecido con fuerza en el ordenamiento jurídico de adultos. Mas bien, ha de considerarse que se trata de una tímida aparición que probablemente tendrá poca trascendencia práctica, al menos en tanto no se instaure para otros delitos distintos de los delitos leves que aparecen con vocación de sustituir a las faltas contenidas hasta ahora en el Libro III del Código Penal. El motivo fundamental parece residir en el hecho de que el legislador nuevamente nos ofrece, esta vez en el art. 963-1, una serie de conceptos jurídicos indeterminados para los que no nos sugiere ninguna posible interpretación, salvo en el caso de los delitos patrimoniales. Así, conceptos como “muy escasa gravedad” o “interés público relevante” deberán ser primeramente definidos por el Ministerio Fiscal y posteriormente interpretados por la jurisprudencia, y entre tanto, seguramente asistiremos a más de un quebranto del principio de seguridad jurídica.

Por otra parte, y a falta de que se impartan las correspondientes instrucciones desde la Fiscalía General del Estado, parece que la intervención del Fiscal no será necesaria en ninguna fase del procedimiento cuando se trate de delitos perseguibles únicamente a instancia de parte. Pero parece también que si fuera necesaria, nunca podría en estos casos hacer uso del principio de oportunidad, pues uno de sus requisitos de aplicación según el texto legal para el caso de los delitos patrimoniales es la inexistencia de denuncia por parte del ofendido, no resultando lógico que en el resto de delitos leves no patrimoniales la existencia de denuncia no se constituyera en un obstáculo para interesar el cierre del proceso.

Igualmente, surgen interrogantes en torno a si la aplicación de la ley más favorable no habría de permitir la aplicación del principio de oportunidad en otros supuestos distintos al procedimiento por delito leve y si en el caso de delitos leves se presentarán algunos supuestos en los que pueda resultar más favorable la tramitación a través de unas diligencias urgentes, consecuencias estas a mi juicio derivadas del hecho

de no abordar una reforma general y coordinada de todos los procedimientos penales incluidos en la Ley Rituaria.

Tampoco puede tildarse de satisfactoria la regulación que de la intervención de la víctima se realiza en los preceptos reformados, pues no se aclara qué ocurrirá en los casos en los que se produzca el archivo del procedimiento por aplicación del principio de oportunidad. Más allá de establecer la necesidad de notificarle aquella resolución en la que se acuerde el sobreseimiento del proceso, no se especifica si es posible que su voluntad de ejercitar la acción penal sea un obstáculo para adoptar la decisión de cierre anticipado, y si siendo posible, podrá realizarse personalmente, como ocurría en los juicios de faltas, o será necesario que se constituya como acusación particular, aunque parece que esto último habría de descartarse habida cuenta de que los postulados del art. 969 continúan vigentes en esencia, así como la interpretación que de los mismos hizo el Tribunal Constitucional.

En definitiva, lo que el legislador había anunciado como la desaparición de los juicios de faltas a fin de racionalizar el uso de los medios personales y materiales de la Justicia, se ha convertido en muchos de los casos en la reformulación de su concepto, ahora como delito leve, con la creación de un procedimiento *ad hoc*, en el cual, por obra y gracia de lo dispuesto en el art. 13.4 del Código Penal se amplían las competencias del Juez de Instrucción en relación a delitos que ahora eran competencia del Juez de lo Penal.

Una vez más, será la praxis judicial en el ejercicio de la función que le es propia de contextualización de supuestos de hecho en torno a preceptos legales concretos, quien abra el camino a la aplicación de la nueva regulación. Y todo ello, desde la obligación de sobreponerse a un nuevo cambio en sus herramientas de trabajo y a la espera de que la Fiscalía General del Estado y la jurisprudencia sienten criterios en los que fundar las decisiones.

BIBLIOGRAFÍA

- DE LA OLIVA SANTOS, A., Derecho Procesal Penal, Editorial Universitaria Ramón Areces, 8ª edición, Madrid 2.007.
- ESQUIVIAS JARAMILLO, J.I., El principio de oportunidad procesal, Soluciones al conflicto. Recursos y ejecución de medidas, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, VI-2000.
- GIMENO SENDRA V. J., Fundamentos del Derecho procesal penal, Cívitas ediciones, Madrid, 1991.
- GUZMÁN MUÑOZ, I. J., El principio de oportunidad en el borrador del Código Procesal Penal, [Revista jurídica de la Comunidad Valenciana](#), Nº 50, Abril 2014.

JIMÉNEZ SESGADO, C., Eliminar las faltas tiene delito (leve). Diario La Ley, nº 8223, Sección Tribuna, enero de 2014, Editorial La Ley.

LIFANTE VIDAL, I., citado por CUADRADO SALINAS, C., Discrecionalidad del Fiscal y flexibilización de la acción penal, El interés público en una administración eficaz de la justicia, Revista General de Derecho Procesal, nº 18,2.009.

PERDOMO TORRES, F., Legitimación penal de la coexistencia de los principios de la legalidad y oportunidad, Cuadernos de Política Criminal, nº 94, 2.008.

RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., Los nuevos delitos leves: aspectos sustantivos y procesales, Diario La Ley, nº 8524, Sección Doctrina, 22 de abril de 2015, Editorial La Ley.

RUIZ VADILLO, E., La actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal, Poder Judicial, Madrid, 1.987, Número especial II.

SANCHO GARGALLO, I., Legalidad, oportunidad y transacción penal en el procedimiento abreviado, Los principios del proceso penal y la presunción constitucional de inocencia, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1.992.

* * * * *

Francisco Javier Bretones Alcaraz

Abogado del Ilustre. Colegio de Abogados de Almería. Socio FICP.

~El objeto material del art. 369bis CP~

I. CUESTIONES PREVIAS

La remisión que realiza el art. 369 bis del CP al art. 368 del CP nos pone de manifiesto que al igual que en este último, las drogas tóxicas, los estupefacientes y sustancias psicotrópicas, constituyen el objeto materia del delitos que estamos analizando..

Esta agravación sólo puede ir referida a las sustancias que sean objeto material del art. 368 y cuando se trate de las sustancias contenidas en el art. 371 -precursores- únicamente podría ser de aplicación el art. 371.2. ¹

Debemos recordar que es con la reforma del art. 344 del CP efectuada por la L.O. 8/1983 de 25 de junio, cuando se introducen por primera vez las sustancias psicotrópicas, pues la regulación anterior únicamente recogía las drogas tóxicas y estupefacientes.²

Además, se introduce con esa reforma del año 1983, por primera vez, la distinción entre sustancias que causan grave daño para la salud y el resto, lo que tiene una trascendencia punitiva evidente.³ Dicha distinción también se recoge en el art. 369 bis del CP, estableciendo penas diferentes para cada tipo de “sustancias y productos”.

REY HUIDOBRO refiere como el término “droga” puede definirse desde distintos puntos de vista (vulgar⁴, médico, farmacológico, etc), que pueden o no coincidir entre

¹ GALLEGO SOLER, J. I.: Los delitos de tráfico de drogas II. Un estudio analítico de los arts. 369, 370, 372, 374, 375, 377 y 378 del CP y tratamientos jurisprudenciales, Barcelona, 1999, p. 183. Afirmación realizada en relación a la agravación de primer grado del art. 369, 6 del CP en su redacción de la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre.

² El art. 344,1 del CP tras la reforma de la LO 8/83 de 25 de junio queda redactado así: “*Los que promovieren, favorecieren o facilitaren el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas mediante actos de cultivo, fabricación, o tráfico, o las poseyeran con este último fin, serán castigados con la pena de prisión menor y multa de 30.000 a 1.500.000 pesetas, si se tratare de sustancias que causen grave daño a la salud, y de arresto mayor en los demás casos.*”

³ LANDROVE DÍAZ, G.: Tráfico de drogas y represión en Estudios Penales y Criminológicos nº 17. 1994, quien menciona como novedades de la reforma de la LO 8/83, entre otras: 4.- Se mencionan junto a las drogas y estupefacientes, las sustancias psicotrópicas. 5.- Se distingue en la imposición de la pena, entre sustancias que causen grave daño a la salud y aquellas otras que no lo causen. Se diferencia, por tanto, entre drogas duras y drogas blandas.

⁴ Vid. GANZENMÜLLER ROIG, C./ESCUADERO MORATALLA J. F./FRIGOLA VALLINA, J., Delitos contra la salud pública (II):Drogas, sustancias psicotrópicas y estupefacientes, Bosch, Barcelona, p. 169. Dentro del concepto de droga vulgar o popular comprenden: el alcohol, el tabaco, la cafeína, la cocaína,

sí, pero es el concepto legal el que nos interesa y no prestando atención a las drogas legales tabaco y alcohol a pesar de ser incluso mas peligrosas que otras ilegales, lo que ha motivado críticas de varios autores. Ahora bien, el legislador ha omitido fijar un concepto jurídico-penal de droga, que ha determinado que surjan diferentes teorías sobre que sustancias o productos deben incluirse en el art. 368 del CP como drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas.⁵

En cuanto al “estupefaciente” es un término que según MARTÍNEZ BURGOS, hace referencia a drogas que dosis altas producen adormecimiento de las facultades físicas y morales, incluyendo aquellas que tienen la propiedad de apaciguar el dolor físico y moral.⁶

Antes de exponer las distintas posiciones doctrinales existentes en relación a sustancias se debe entender incluidas en el tipo penal del art. 368 CP, si existe acuerdo en la doctrina en aceptarse como concepto general de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas el efectuado por la Organización Mundial de la Salud: «sustancias naturales o sintéticas que provocan, como efectos, un deseo incontenible o una necesidad de continuar consumiendo la sustancia, tendencia a aumentar la dosis y dependencia física a los efectos de la droga»⁷.

La determinación del objeto material del delito de tráfico de drogas del art. 344 del Código Penal no ha dejado de plantear problemas, desde la perspectiva del principio de legalidad.

haschís, LSD etc. Distinguen posteriormente entre drogas legales e ilegales. CÓRDOBA RODA en cuanto al sentido vulgar de droga atiende a la definición del Diccionario de la Real Academia de la lengua como “nombre genérico de ciertas sustancias minerales, vegetales o animales que se emplean en la medicina, en la industria o en las bellas artes.”, pero no parece apropiada esta noción para la determinación del significado del término “droga” del art. 344 CP pues omite toda referencia a los fenómenos de dependencia y no incluye las materias de índole sintética. Vid. CÓRDOBA RODA, J., El delito de tráfico de drogas, Estudios penales y criminológicos, nº 4, Cursos y Congresos de la Universidad de Santiago de Compostela, 1981, pp. 17 y 18.

⁵ REY HUIDOBRO, L.F.: El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, p.103.

⁶ MARTÍNEZ BURGOS, C.: Las drogas ante la ley, León,1973, p. 111. Asimismo HERNÁNDEZ GIL habla de estupefaciente en sentido farmacológico como cierto tipo de drogas que suministradas en dosis altas, llevan a un estado de reducción de la conciencia y la sensibilidad, produciendo un bienestar artificial merced a sus efectos anestésicos (adormecimiento o somnolencia) o analgésicos. Pero mas bien se vienen considerando estupefacientes otros grupos de drogas que producen resultados distintos e incluso opuestos como aumentar la actividad física y mental (anfetaminas, cocaína) y otras producen hiperactividad de reflejos o alteraciones de percepción sensorial (cannabis indica, ácido lisérgico o LSD). Vid. HERNÁNDEZ GIL, F., El tráfico de estupefacientes en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, La Ley, 1981.

⁷ MAGALDI PATERNOSTRO, Mª. J.: “Libro II Tít. XVII: de los delitos contra la seguridad colectiva. Cap. III, de los delitos contra la salud pública” en VV. AA., CÓRDOBA RODA, J./GARCÍA ARÁN, M. (dirs.): Comentarios al Código Penal. Parte especial, tomo II, Madrid, edit. Marcial Pons, 2004, p. 1561.

II. POSICIONES DOCTRINALES:

1. Teoría de la definición rígida o por elencos de sustancias.

La posición doctrinal mayoritaria es la que sostiene que el tipo del art. 368 de CP es una ley penal en blanco que se remite a la normativa extra-penal y, en particular, a las Listas de los Convenios Internacionales ratificados por España.⁸, y/o legislación interna de desarrollo que recoge listas de sustancias de los Convenios internacionales ratificados por España, listas que son modificadas por Órdenes Ministeriales.

Dentro de esta línea doctrinal hay que diferenciar a su vez dos posiciones:

- a) La que sostiene que el Código Penal se remite directamente a las listas anejas a los Convenios internacionales suscritos y ratificados por España que son, la Convención Única de estupefacientes de 1961, el Convenio de sustancias psicotrópicas de Viena de 1971 y la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas firmada en Viena el 20 de diciembre de 1988, los cuales, en virtud del artículo 96- 1 de la Constitución y del artículo 1- 5º del Código Civil, han entrado a formar parte de nuestro ordenamiento interno.⁹

En concreto, en cuanto a los estupefacientes, el art. 1, apartado j, de la Convención Única de New York de 30 de marzo 1961 sobre estupefacientes, ratificada por España por Instrumento de 3 de febrero de 1966, enmendada por el Protocolo de Ginebra de 25 de marzo de 1972, también ratificado por España por Instrumento de 15 de diciembre de 1972, dice que “*por estupefaciente se entiende*

⁸ Por todos, ARROYO ZAPATERO, L., Aspectos penales del tráfico de drogas, Poder Judicial, 11, 1984, pp.22 y ss. Más recientemente, PEDREIRA GONZÁLEZ, F. M.: Concepto de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Las Convenciones de Naciones Unidas. El sistema de listas, en AAVV, El delito de tráfico de drogas, Álvarez García, F. J. (dir.), Álvarez García, F. J./Manjón-Cabeza Olmeda, A. (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 54. Criterio también mantenido por la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo número 1/1984, de 4 de junio.

⁹ Línea a la que se unen BELLOCH JULBE, J. A.: La reforma del artículo 344 del Código penal: una visión judicial, en Comunidad y Drogas, Cuadernos técnicos de estudios y documentación, Monografía Nº 3, Modificaciones penales y atención de personas con drogodependencias, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, Mayo 1988, pp. 71 y s.; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.: El marco normativo de las drogas en España, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, tomo XCV de la segunda época, Nº 3, Septiembre 1987, pp. 384 y ss y también del mismo autor “La política criminal en materia de drogas en España, en Cuadernos de Derecho Judicial. Política Criminal Comparada, Hoy y mañana, Madrid, 1999, p. 90, aunque introduciendo la matización de que no se considerará droga si la sustancia se aparta del concepto médico o farmacológico de droga; BERISTAIN IPIÑA, A.: Delitos de tráfico ilegal de drogas (art. 344 del CP), en: Comentarios a la legislación penal. La reforma del Código Penal de 1983. 1. V, vol. 2, 1985, p. 762; LORENZO SALGADO, J. M.: De los delitos contra la salud pública, Documentación Jurídica, 1983, p. 975.

cualquiera de las sustancias de las Listas I y II, naturales o sintéticas anexas a la misma.” Asimismo, en el art. 2,5 se dispone que *“Los estupefacientes de la lista IV serán también incluidos en la lista I y estarán sujetos a todas las medidas de fiscalización...”*. Las sustancias estupefacientes recogidas en la Convención Única de 1961 son básicamente: el opio y sus alcaloides y derivados, la coca y los suyos, la cannabis y la resina de cannabis.

En lo referente a sustancias psicotrópicas el Convenio sobre uso de sustancias psicotrópicas de 31 de febrero 1971, ratificado por España mediante Instrumento de Adhesión de 2 de febrero de 1971, en su art. 1, apartado e), entiende por sustancia psicotrópica *“cualquier sustancia, natural o sintética, o cualquier material natural de la Lista I, II, III o IV.”* Por su parte, la Convención contra el Tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 19 de diciembre de 1988, que fue ratificada por España en Instrumento de 30 de julio de 1990, a la hora de definir las mismas, se remite a los anteriores Convenios de 1961 y de 1971. En cuanto a las sustancias psicotrópicas contenidas en dicho Convenio sobre sustancias psicotrópicas de Viena de 1971, son, a grandes rasgos, los alucinógenos, las anfetaminas, los barbitúricos y los tranquilizantes.

- b) La línea doctrinal que defiende que los Convenios Internacionales son normas internacionales no directamente aplicables en los sistemas penales de los países adheridos, por lo que deben ser desarrollados por otras disposiciones internas, en el caso español por normas de carácter administrativo. En concreto, las sustancias indicadas en la Convención Única de 1961 mas arriba referida se han recogido en la Ley de estupefacientes de 8 de abril de 1967¹⁰. Por otro lado está el RD 2829/1977¹¹ de 6 de octubre que regula las sustancias y preparados medicinales

¹⁰ En el art. 2 de la Ley de estupefacientes de 8 de abril de 1967 se establece:” en su artículo 2 establece: "a los efectos de la presente Ley, se consideran estupefacientes las sustancias naturales o sintéticas incluidas en las listas I Y II de los anexos al Convenio Único sobre estupefacientes, y las demás que adquieran tal consideración en el ámbito nacional, por el procedimiento que reglamentariamente se establezca, y que tendrán la consideración de artículos o géneros prohibidos, los estupefacientes incluidos o que se incluyan en lo sucesivo en la IV de las listas anexas al citado Convenio, que no podrán ser objeto de producción, fabricación, tráfico, posesión o uso, con excepción de las cantidades necesarias para la investigación médica y científica, incluidos los experimentos clínicos con dichos estupefacientes que se realicen bajo la vigilancia y fiscalización de la Dirección General de Sanidad".

¹¹ El Decreto contiene en sus anexos 1 y 2, varias listas de productos psicotrópicos, que recogen todas las de la Convención de Viena de 1971 y en el artículo 1 de dicho Real Decreto se dice que "quedan asimismo sometidas a lo previsto en dicha disposición las sustancias que en el futuro puedan ser incorporadas a sus listas, así como los preparados que las contengan

psicotrópicos, así como la fiscalización e inspección de su fabricación, distribución, prescripción y dispensación.¹²

ACALE SÁNCHEZ recoge en su estudio de las posiciones doctrinales en relación al objeto material del tipo penal del art.368 CP, la discusión dentro de doctrina en relación a si el delito queda convertido en una ley penal en blanco a rellenar con lo dispuesto a rellenar con lo dispuesto en las mencionadas Listas de los Convenios (BELLOCH JULBE) o si, por el contrario, se trata de una ley penal completa en la que se incluye un elemento normativo singular situado en una ley de carácter no penal -el concepto mismo de droga tóxica- al que ha de recurrirse para dotar de contenido al objeto material del delito (PALMA HERRERA).¹³

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo de una manera unánime ha mantenido, en la concreción del objeto material, el criterio de definición rígida o “enumeración concreta”, por remisión a elencos de sustancias recogidas en los listados de los Convenios internacionales anteriormente reseñados. Así debemos destacar la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1989, núm. 4976/1989, que establece en su Fundamento de Derecho Octavo lo siguiente:

“En nuestro país, como es sabido, al igual que sucede en otros, no se dan un concepto jurídico-penal de drogas. Se sigue, por el contrario, un sistema enumerativo, bien por remisión a los Convenios internacionales, firmados y ratificados por España, y en vigor aquí por haber sido publicados en el Boletín Oficial del Estado, que utilizan el sistema de listas, o, respecto a nuevos productos, por la determinación, por Orden Ministerial -hoy de Sanidad y Consumo- de ser sustancia estupefaciente o psicotrópica.”

Asimismo, la STS 558/1996 de 11 de septiembre, en su Fundamento de Derecho Sexto establece lo siguiente:

“Respecto del objeto material del delito contra la salud pública del art. 344 del Código Penal, y por lo que a los estupefacientes se refiere, en la Circular 1/1984 de la Fiscalía General del Estado, se dice que por tales sustancias, a los fines del citado artículo del Código Penal, hay que entender «sólo las relacionadas en las listas I, II y IV del Convenio. El Tribunal Supremo ha declarado, en interpretación estricta del artículo 344, que son estupefacientes las sustancias incluidas en las listas I, II y IV del Convenio de 1961 (RCL 1966\733; RCL 1967\798 y NDL 12431) y las que adquieran tal condición en el ámbito internacional, más las que se declaren expresamente tales dentro de España a tenor del artículo 3.º del Convenio y del artículo 2.º de la Ley 8 abril 1967 (RCL 1967\706 y NDL 12434) (Sentencias 14 febrero 1974 [RJ 1974\758], 22 febrero 1974 [RJ 1974\855], 24 septiembre 1974 [RJ 1974\3405], 17 marzo 1975 [RJ 1975\1181], 4 abril 1975

¹² Postura mantenida por REY HUIDOBRO, L.F.: El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, p.108; CARBONELL MATEU, J. C., Consideraciones técnico-jurídicas en torno al delito de tráfico de drogas, en La problemática de la droga en España (Análisis y propuestas político-criminales EDERSA, Madrid, 1986, p. 341.

¹³ Cfr. ACALE SÁNCHEZ, M.: Salud pública y drogas tóxicas, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 73 y 74. Añadiendo que para los dos la consecuencia es: aquellas drogas tóxicas que a pesar de causar el mismo daño a la salud del consumidor que no se encuentren incluidas en los listados internacionales en el momento en que se lleve a cabo su elaboración o tráfico, no serían castigadas penalmente .

[RJ 1975\1555], 23 mayo 1975 [RJ 1975\2289], 4 junio 1975 [RJ 1975\2784], 6 marzo 1975 [RJ 1975\864], 1 abril 1977 [RJ 1977\1534], 28 octubre 1978 [RJ 1978\3644], 22 noviembre 1978 [RJ 1978\3746], 22 junio 1981 [RJ 1981\2784], 30 septiembre 1981 [RJ 1981\3412], 8 junio 1981 [RJ 1981\2623] y 22 marzo 1984 [RJ 1984\1849], entre otras)».

Esta misma Sentencia de 11 de septiembre de 1996 se pronuncia sobre la posible vulneración del principio de legalidad al condenarse por el tráfico de sustancias únicamente recogidas para el ámbito interno y mediante Órdenes Ministeriales. Así, dicha Sentencia hace referencia a la posibilidad, prevista por el Convenio de Viena de 1971 sobre uso de sustancias psicotrópicas, de ampliación y de modificación de las Listas anexas a dicho convenio (v. art. 2.º del mismo) y que, con independencia de las normas prevenidas en el Real Decreto 2829/1977, de 6 octubre, del Ministerio de Sanidad y Seguridad Social, sobre fabricación, distribución, prescripción, y dispensación de sustancias y preparados psicotrópicos, por dicho Ministerio se han dictado, posteriormente, diversas Ordenes Ministeriales, entre ellas la de 30 mayo 1986, por la que se incluye en la lista I del anexo I del Real Decreto anteriormente citado- entre otras sustancias- la “3-4 metilene dioximetanfetamina (MDMA).¹⁴

Pues bien, dicha STS establece lo siguiente:

“La actualización -por medio de Ordenes Ministeriales- de las listas de las sustancias prohibidas puede plantear dudas sobre su constitucionalidad. No obstante, ha de reconocerse que limitar la actualización de tales listas a las decisiones de los órganos internacionales competentes o a las leyes de los Parlamentos no parece, desde el punto de vista de la realidad de las cosas, el medio más idóneo para combatir eficazmente la lacra social del tráfico de drogas, dado que su gran variedad y enorme proliferación, consecuencia de la fértil inventiva del hombre, harían ineficaces, en buena medida, los Tratados y Acuerdos internacionales sobre la materia, y, en definitiva, la represión penal de este tipo de conductas de alto riesgo y generalizada repulsa sociales. En todo caso, es posible interpretar la exigencia constitucional de la reserva de ley (v. arts. 53 y 81 CE), en el sentido de que la misma se cumple adecuadamente por el propio artículo del Código Penal, por cuanto las actualizaciones cuestionadas no tienen otro alcance que el de simples indicaciones particularizadas del objeto material del correspondiente tipo penal. A esta conclusión cabe llegar a la vista de la doctrina sentada por esta Sala, que ha venido sancionando las conductas tipificadas en el citado artículo del Código Penal relativas tanto a las sustancias incluidas directamente en las listas anexas de los correspondientes Tratados Internacionales, como las posteriormente incorporadas a ellas en el ámbito interno en virtud de las pertinentes órdenes ministeriales. Así se desprende de la constante doctrina jurisprudencial relativa a este tipo de sustancias, cuyo tráfico ilegal se considera incluido en el ámbito del precepto penal cuya infracción se denuncia (v. SS. 6 marzo, 15 febrero, 18 mayo y 27 septiembre 1995 [RJ 1995\1806, RJ 1995\857, RJ 1995\3903 y RJ 1995\6749], y las en ellas especialmente citadas y más recientemente la de 5 febrero 1996 [RJ 1996\795], entre otras).”

También la Jurisprudencia se ha pronunciado sobre la discusión doctrinal, anteriormente indicada, sobre a si el delito queda convertido en una ley penal en blanco a rellenar con lo dispuesto a rellenar con lo dispuesto en las mencionadas Listas de los

¹⁴ Vid. ARROYO ZAPATERO, L., Objeto material en el art. 368 del CP: Planteamientos doctrinales y estudio de los aspectos más relevantes de la jurisprudencia del T.S., en Delitos contra la salud pública y contrabando. Cuadernos de derecho judicial, 2000, pp.328 y 329.

Convenios o si, por el contrario, se trata de una ley penal completa en la que se incluye un elemento normativo singular situado en una ley de carácter no penal al que ha de recurrirse para dotar de contenido al objeto material del delito. Concretamente, se ha pronunciado en las STS 849 /1995 de 7 de julio y en la STS de 18 de marzo 1997,¹⁵ viniendo a determinar que el art. 344 del CP no contiene una norma penal en blanco sino un tipo completo en el que el objeto de la acción está caracterizado por un elemento normativo.

No podemos dejar de mencionar la postura de QUERALT JIMÉNEZ, quien argumenta que: “El problema se plantearía -se plantea muy frecuentemente- si apareciera una nueva sustancia no clasificada; entiendo que, como la referencia legal de drogas tóxicas, estupefacientes y psicotrópicos más que una norma penal en blanco es un elemento normativo del tipo, puede llenarse de contenido acudiendo a los listados internacionales asumidos por el ordenamiento español -la nocividad está demostrada- y al peritaje de las drogas nuevas y/o no incluidas en aquéllos”¹⁶.

MONTERO LA RUBIA hace referencia a como las sustancias y productos con las que se trafica cambian constantemente por la inventiva del hombre, y como la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes, publica periódicamente tres listas, que se pueden consultar en Internet en la página de dicha Institución, (www.incb.org), conteniendo las sustancias fiscalizadas conforme al siguiente

¹⁵ STS 849/1995, de 7 de julio establece en su fundamento de Derecho 4º lo siguiente: “*En efecto, un estudio cuidadoso de la estructura normativa demuestra que el artículo 344 CP -a diferencia de lo que sostiene el recurrente- no contiene una norma penal en blanco, sino un tipo completo en el que el objeto de la acción está caracterizado por un elemento normativo. Por leyes penales en blanco se deben entender aquellas que sólo contienen una amenaza penal para la infracción de otra norma a la cual remiten. Es fácil comprobar que la infracción del deber normativo sancionada por el artículo 344 CP se encuentra íntegramente en esta disposición, pues consiste en «ejecutar actos de cultivo, elaboración o tráfico», o de otro modo «promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o poseerlas con aquellos fines», es decir en una conducta que el texto del artículo 344 CP describe íntegramente sin referencia alguna a la infracción de otra norma. Ciertamente es frecuente que para establecer cuáles son las sustancias que se deben considerar objeto de la acción, los precedentes de esta Sala se han referido, por ejemplo, al Convenio de Naciones Unidas de 1961, como lo hace también la sentencia recurrida. Pero de ello no es correcto deducir que el artículo 344 CP constituye una Ley Penal en blanco, pues tales convenios no definen el deber cuya infracción sanciona el artículo 344 CP, sino que clasifican, con arreglo a criterios científicos, las sustancias alcanzadas por la definición de drogas tóxicas, estupefacientes o psicotrópicos y, por lo tanto, no complementan el tipo penal, sino que constituyen un punto de vista objetivo para dar contenido a elementos normativos del tipo.»*

¹⁶ QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: Derecho Penal español. Parte especial. 6ª edición, edit. Atelier, Barcelona, 2010, p. 1058.

orden¹⁷:

- La lista «amarilla» de sustancias catalogadas como estupefacientes.
- La lista «verde» de sustancias catalogadas como psicotrópicas.
- La lista «roja» de sustancias catalogadas como precursores.

2. Sistema de definición elástica o del arbitrio judicial

Parte de la doctrina científica se ha mostrado partidaria de la denominada teoría de la definición elástica o del arbitrio judicial, según la cual lo que cuenta no es la voluntad del legislador sino la voluntad de la ley plasmada en el Texto del artículo 344 del Código Punitivo, del cual no se desprende que haya de acudir a los Convenios internacionales o a la legislación administrativa complementaria para entender el sentido y alcance de las expresiones contenidas en dicho precepto penal, por lo que entienden que es en el citado artículo, en su bien jurídico protegido y en su ubicación sistemática, donde hay que buscar el concepto de droga tóxica, estupefaciente y sustancia psicotrópica, sin despreciar, lógicamente, el valor orientador o informativo que para el Juzgador han de tener las listas contenidas en los Convenios internacionales suscritos por España, en estas materias.

MUÑOZ CONDE haciendo referencia al concepto de droga dado por la OMS, que ya ha sido indicado en el encabezamiento de este capítulo, afirma este concepto médico es muy importante para entender la referencia a la droga en el art. 368 del CP y que son los criterios médicos o sanitarios los que deben decidir el ámbito de prohibición de dicho precepto. Añade que precisamente que hay sustancias, como el cannabis y sus derivados, que a pesar de recogerse en las listas anejas del Convenio de 1961, no obedece su inclusión a esos criterios médicos o sanitario, o que, no son más nocivas que el alcohol o el tabaco. Sostiene el autor que el tipo penal del art. 368 del CP y demás artículos del mismo capítulo, no están estructurado como una norma penal en blanco, sino como delitos autónomos cuyo supuesto de hecho debe determinarse en función de criterios meramente penales como el del bien jurídico protegido y el de su ubicación sistemática entre los delitos «contra la salud pública».¹⁸

¹⁷ MONTERO LA RUBIA, F. J.: Delitos contra la salud pública. Estudio práctico de la Jurisprudencia del T.S. sobre tráfico de drogas. Edit. Bosch, 2007, p.17.

¹⁸ Vid. MUÑOZ CONDE, F.: Derecho Penal. Parte Especial. Ediciones, 19ª, 2013, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 619 y 620. Con el mismo criterio ACALE SÁNCHEZ afirma que “desde el art. 368 del Código se puede deducir un concepto penal de drogas tóxicas, para lo cual, las Listas sirven de criterio

JOSHI JUBERT que está en la misma línea de MUÑOZ CONDE, pone de manifiesto tres argumentos contrarios a la teoría de la definición rígida o por elencos de sustancias.¹⁹

Volviendo a MUÑOZ CONDE, el mismo defiende la necesidad de un concepto penal autónomo de droga tóxica o estupefaciente con base en tres argumentos: a) “Evitar el automatismo con que se considera reiteradamente que algunas sustancias tienen este carácter simplemente por su inclusión en los Convenios internacionales, sin tener en cuenta las particularidades del caso concreto ni el bien jurídico protegido en este delito y en todo el Capítulo: la salud pública”; b) Evitar que la remisión a la normativa extrapenal puede plantear, además, “lagunas de punibilidad en relación con el descubrimiento de nuevas drogas que no se encuentren mencionadas en las listas de los Convenios Internacionales”; c) Facilitar la interpretación de cuáles son las sustancias o productos que causan grave daño a la salud y cuáles no, ya que la pena del tipo básico se distingue en función de este criterio, que, sin embargo, es desconocido en los Convenios Internacionales.

3. Teoría de la diversificación de drogas y estupefacientes de RODRÍGUEZ DEVESA.

El mismo afirma que “el primer problema consiste en determinar el concepto de *drogas tóxicas o estupefacientes*. Por *tóxicos* hay que entender los venenos. Habrá que estimar como *estupefacientes* las sustancias comprendidas en las Listas I, II y IV que figuran a continuación el Convenio único de 1961, y las demás que adquieran tal consideración en el ámbito internacional con arreglo a dicho Convenio, además de las que se declaren expresamente tales dentro de España.”²⁰

orientativo”. Lo definitivo es el concepto de la Organización Mundial de la Salud. ACALE SÁNCHEZ, M.: Salud pública y drogas tóxicas, Tirant lo Blanch, 2002, p. 74

¹⁹ Cfr. JOSHI JUBERT, U.: Los delitos de tráfico de drogas I: Un estudio analítico del art. 368 del CP. Grupos de casos y tratamientos jurisprudenciales., Bosch, Barcelona, 1999, p. 55 y ss, expone dichos argumentos: “a) Por lo menos en lo que a la legislación estatal se refiere, la definición del objeto del delito y, en definitiva, la decisión de si existe o no delito, puede llegar a depender de disposiciones administrativas, incluso de Órdenes Ministeriales; b) si bien el Tribunal Constitucional ha considerado constitucional el recurso a las denominadas leyes penales en blanco, los principios y requisitos que deben observar a tenor de la doctrina constitucional dudosamente se cumplen en el art. 368 del texto punitivo, y c) los cambios legislativos no penales afectarán no sólo al propio alcance del objeto del delito, sino a otros puntos, como al principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable y al error sobre el objeto.”

²⁰ Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: Derecho Penal Español. Parte Especial. Dykinson, Madrid, 1989, p.1070.

4. Teoría de la susceptibilidad de perturbación de la salud (CÓRDOBA RODA).

Entiende que para que estemos ante estupefacientes es necesario que la sustancia en cuestión sea de aquellas a las que se refiere el art. 2 de la Ley 17/67 de 8 de abril que incluye las sustancias comprendidas en las listas I, II y IV que figuran anexas al Convenio Único de 1961 de las Naciones Unidas, sobre estupefacientes y las demás que adquieran tal consideración en el ámbito internacional, con arreglo a dicho Convenio y en el ámbito nacional por el procedimiento que reglamentariamente se establezca. Pero, añade “que la sustancia esté contenida en preceptos de naturaleza no penal resulta necesario pero no suficiente para calificar aquella como droga tóxica o estupefaciente a los efectos del artículo 344 del CP. Y ello es así pues CÓRDOBA RODA exige que además la sustancia sea idónea para producir una significativa perturbación de la salud.”²¹

5. Criterio mixto normativo-descriptivo de SÁNCHEZ TOMÁS.

El mismo sostiene señala que mientras el concepto de droga tóxica tiene carácter descriptivo, los estupefacientes y los psicotrópicos son conceptos normativos utilizados tanto en los textos internacionales como en la ordenación administrativa en la materia. Para saber qué sustancias tienen la consideración de estupefacientes o psicotrópicos habrá que acudir a los convenios internacionales suscritos por España (Convenios de 1961 y 1971) o a las así consideradas en la normativa interna española... Sin embargo, el hecho de que la sustancia no esté incluida entre las consideradas estupefacientes o psicotrópicos, no excluye su aptitud para ser objeto material de este delito, al poder incluirse en el concepto de droga tóxica. Descriptivamente debe entenderse por droga tóxica toda aquella sustancia que sea adictiva, generando dependencia física y/o psíquica en el consumidor y tolerancia... Ciertamente, esta formulación mixta normativa-descriptiva puede provocar mayores cotas de inseguridad jurídica que la sola remisión a los listados internacionales de sustancias o la inclusión de las mismas en un Anexo al CP, pero ello —a su juicio— no permitiría la suficiente flexibilidad a la norma...”²²

²¹ Cfr. CÓRDOBA RODA, J. , El delito de tráfico de drogas, Estudios penales y criminológicos, nº 4, 1979-1980, p. 22.

²² SÁNCHEZ TOMÁS, J.M. Derecho de las drogas y las drogodependencias. Fundación de ayuda contra la drogadicción, Madrid, 2002, p. 120.

6. Criterio mixto de MAGALDI PATERNOSTRO. Toma de postura sobre la cuestión

MAGALDI PATERNOSTRO mantiene que

“la normativa internacional contenida en los Convenios es, tras su ratificación y publicación, Derecho interno a tenor de lo dispuesto en el art. 96.1 de la Constitución Española, por lo que los conceptos de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas deberán ser interpretados de acuerdo con el contenido de los mismos, que obliga a los Estados a sancionar penalmente las conductas relacionadas en los mismos y que coinciden con las contempladas en nuestro ordenamiento punitivo; no sucede lo mismo con la normativa estatal de naturaleza administrativa, que operaría como una mera pauta interpretativa, debiendo el intérprete ponderar el cumplimiento de las exigencias de grave potencial lesivo de las sustancias, derivadas del bien jurídico protegido.”²³

Es con esta última postura con la que estamos más conformes dado que entendemos que la modificación constante a través de disposiciones administrativas de las listas de sustancias que se estiman drogas tóxicas, estupefacientes y psicotrópicas genera problemas como los indicados por JOSHI JUBERT, que han sido debidamente expuestos con anterioridad,²⁴ generando inseguridad jurídica. Si efectivamente el Juzgador se encuentra ante una sustancia que no está recogida en las listas anexas de los Convenios Internacionales ya mencionados, entiendo que tendrá que acordar informe pericial sobre la nocividad de la sustancia y con el informe a su vista y conforme al concepto general de la Organización Mundial de la Salud resolver si es aplicable el tipo del art. 368 y siguientes del CP. Entiendo que las listas de sustancias contenidas en las Órdenes Ministeriales solo pueden ser utilizadas por los Tribunales de Justicia como mero criterio orientador interpretativo. El informe pericial del especialista deberá determinar la nocividad de la sustancia para la salud de las personas. Debe determinar en relación a la sustancia además de los efectos perjudiciales para el organismo, el nivel de dependencia física y psíquica que produce sobre la persona en general.

III. SUSTANCIAS Y PRODUCTOS QUE CAUSEN GRAVE DAÑO A LA SALUD Y LAS QUE CAUSAN DAÑO NO GRAVE A LA SALUD

1. Estudio general

El nuevo art. 369 bis del CP introducido por la LO 5/2010 de 22 de junio como el art. 368 del CP fijan unas penas diferentes según el objeto de la conducta sea una

²³ Cfr. MAGALDI PATERNOSTRO, M^a. J.: “los delitos contra la salud pública” en VV. AA., CÓRDOBA RODA, J./GARCÍA ARÁN, M. (dirs.): Comentarios al Código Penal. Parte especial, tomo II, Madrid, edit. Marcial Pons, 2004, p. 1563.

²⁴ Vid. Nota número 17 referente a las críticas de JOSHI JUBERT a la teoría de definición rígida o por elencos de sustancias.

sustancia o producto que cause grave daño a la salud o que el daño que cause a la salud no sea grave (“en los demás casos).

Como ya se expuso con anterioridad esta distinción fue introducida por primer vez con la reforma del CP de la LO 8/83, de 25 de junio de reforma parcial y urgente del CP que modificaba el art. 344 del CP de 1973, siendo mantenida esa distinción en el CP de 1995.²⁵

Como hemos expuesto como las listas contenidas en los Convenios Internacionales ratificados por España, indicados mas arriba, enumeran las sustancias que según la Jurisprudencia y la mayoría de la doctrina deben ser consideradas como drogas tóxicas, ya sea como estupefacientes, ya sea como sustancias psicotrópicas , pero no indican cuales son las que causan grave daño a la salud y cuales son las que causan daño pero no considerado como grave.

Dentro de la doctrina española JOSHI JUBERT expone los requisitos que deben probarse para que pueda afirmarse que una sustancia causa grave daño a la salud: 1º

“Dado que este precepto de forma mediata protege la salud individual de las personas, deberá tratarse de una sustancia que en abstracto tenga capacidad de dañar de forma penalmente grave la salud individual, esto es, de lesionar de forma, sino irreversible, sí de difícil curación la salud de personas concretas... 2º Deberá comprobarse, a continuación, la idoneidad concreta para afectar gravemente la salud individual... De ahí que sea necesario comprobar en cada caso el grado de pureza y la cantidad de sustancia aprehendida, pues de tratarse de sustancia con un contenido muy bajo en principio activo o de una cantidad ínfima tendrá que rechazarse la posibilidad de poner en peligro la salud pública... 3º Pero puesto que en este precepto no se exige la lesión de la salud individual, sino de la pública, concepto este último más general y abstracto... no bastará para confirmar el daño a la salud pública la concurrencia de los dos requisitos anteriores, sino que la cantidad aprehendida lo deberá ser en cantidad apropiada para ser difundida entre una masa de población importante, o por lo menos entre personas indeterminadas y de forma indiscriminada”.²⁶

Ante el silencio de la ley y de los Convenios Internacionales sobre esta clasificación es la Jurisprudencia la que debe delimitar los criterios interpretativos de diferenciación entre unas y otras sustancias, para una adecuada aplicación del tipo penal.

Sobre la circunstancia de que es la Jurisprudencia la que debe a través de la labor de interpretación fijar cuales son las sustancias que causan grave daño a la salud se

²⁵ El art. 344 del CP tras la reforma de la Ley 8/83 de 25 de junio quedó así: “*Los que promovieren, favorecieren o facilitaren el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas mediante actos de cultivo, fabricación, o tráfico, o las poseyeran con este último fin, serán castigados con la pena de prisión menor y multa de 30.000 a 1.500.000 pesetas, si se tratare de sustancias que causen grave daño a la salud, y de arresto mayor en los demás casos.*”

²⁶ Cfr. JOSHI JUBERT, U.: Los delitos de trafico de drogas I: Un estudio analítico del art. 368 del CP. Grupos de casos y tratamientos jurisprudenciales., Bosch, Barcelona, 1999, pp. 95 y 96.

pronuncia la Sentencia del T.S. de fecha 25 de noviembre de 1996. Además la Sentencia aclara además que la norma penal del art. 368 del CP, en cuanto hace referencia a la mayor gravedad para salud de las personas, es conceptuada como norma “abierta” pues que ha de ser completada con la labor hermenéutica de los Tribunales, no conculca el principio de legalidad.²⁷

Los criterios jurisprudenciales tenidos en consideración para determinar si una droga causa mayor o menor daño a la salud vienen recogidos -entre otras muchas- en la STS de 12 de diciembre de 1994 (RJ 1994/679): «la mayor nocividad de las llamadas "drogas duras", se caracteriza por los siguientes efectos: produce tolerancia, es decir, mayor dosificación, en su uso continuado para conseguir similares efectos; ocasionan dependencia o adicción física y psíquica; la letalidad del producto con bajas dosis, de modo que el uso inadecuado o abusivo pueda producir, incluso por accidente, la muerte por sobredosis».

CONDE-PUMPIDO, pone de manifiesto como el criterio seguido por la doctrina jurisprudencial al distinguir cuales son las drogas que dañan gravemente la salud de los "demás casos" (denominadas también de manera más común "drogas duras" y "drogas blandas", respectivamente) es de carácter casuístico, y las sustancias se clasifican inicialmente a través de la valoración de los correspondientes dictámenes periciales, hasta que se establece un criterio jurisprudencial constante, respecto de cada una de las sustancias.²⁸

²⁷ Fundamento de Derecho 1º de la STS de 25 de noviembre de 1996 dice: “... no cabe duda que no sólo el subtipo agravado de la notoria importancia, sino también el que hace referencia a la mayor gravedad para la salud de las personas, son normas «*abiertas*» que han de ser completadas por la interpretación jurisprudencial... No podemos entender que con esas normas se conculque el principio de legalidad, y, en definitiva, el de seguridad jurídica, ni mucho menos que los Tribunales, en su labor hermenéutica y de completar la norma, actúen fuera de su competencia (según se dice) y se conviertan en legisladores, ya que: a) El legislador, al dejar esas normas incompletas, fue perfectamente consciente de que era totalmente imposible señalar con una descripción de «*numerus clausus*», tanto las drogas que habían de entenderse como especialmente gravosas para la salud, como la medición de su cuantía en orden a la mayor o menor gravedad de su tráfico, y ello teniendo en cuenta la fluctuación que, en períodos no muy largos, sufre el mercado de esos productos, el consumo de los mismos, que muchas veces se debe a la moda de cada momento, y también a la proliferación o extensión de nuevas drogas, cuyos efectos nocivos son totalmente imprevisibles cuando se dicta la norma y se crea el tipo delictivo esencial, que es el tráfico, el cultivo, etc., de tales sustancias. Tan imposible es esa previsión, que de haberse redactado esa norma de manera que podríamos llamar «*encorsetada*», definiendo o fijando numeradamente los tipos agravados, en estos momentos estaría impune (o casi impune) el tráfico de la mayor parte de las llamadas drogas de diseño o laboratorio, surgidas y puestas de moda en los últimos años, cuya peligrosidad, no sólo ha sido resaltada por los científicos, sino que se ha demostrado en la práctica diaria con su consumo, dados sus efectos siempre nocivos, y muchas veces letales.

²⁸Vid. CONDE-PUMPIDO TOURÓN. C.: Código penal. Doctrina y jurisprudencia, Trivium, 1998, p. 3.409.

Así se recoge en la Circular 1/1984, de 4 de junio, de la Fiscalía General del Estado que expresa lo siguiente: “a la hora de distinguir lo que en el lenguaje común son drogas “duras” o “blandas”, es conceptualización que en cada caso calificarán los Tribunales a tenor de los dictámenes científicos , experiencia de sus efectos sobre la salud de las personas afectadas por su consumo y de las listas anexas a los Convenios.”

ARROYO ZAPATERO²⁹ hace referencia al cambio de criterio jurisprudencial en relación a la distinción entre drogas duras y drogas blandas mencionando en primer lugar la STS 10 /1996 de 12 de enero Fundamento de derecho 5º en la que se afirma que *“La consideración de una sustancia como gravemente peligrosa para la salud viene determinada por su composición intrínseca y por las reacciones y secuelas que produce en el organismo humano...”* Ahora bien, en la misma Sentencia se plantea el problema de si una sustancia puede transmutarse en sustancia que causa grave daño a la salud cuando su efecto gravemente perjudicial deriva de un uso incontrolado del producto. Pues bien en relación al Rohipnol y el Buprex finalmente mantiene lo siguiente: “Con respecto al Rohipnol y al Búprex ya la Sentencia de 17 mayo 1994 (RJ 1994\3926) establece su composición gravemente perjudicial para la salud, pues aunque se trate de fármacos de disposición médica ordinaria, constituyen drogas de abuso cuando se dispone de ellas al margen del control dicho y producen una toxicidad neuropsicológica que se traduce en alteraciones de conductas (también las Sentencias de 14 julio y 27 mayo 1993 [RJ 1993\6082 y RJ 1993\4264]).”

Posteriormente, mediante Acuerdo de Sala del Tribunal Supremo de fecha 23 de marzo de 1998 , se establece un cambio de criterio precisamente en relación al Rohipnol que pasa a considerarse como sustancia que no causa grave daño a la salud.

Precisamente tras este Acuerdo de Sala el TS, cuando se dicta la STS núm. 1081/1999 en la que en relación al rohipnol se introduce un cambio de criterio afirmando lo siguiente:

“El uso ordinario de estos productos (refiriéndose al Rohipnol y al Transilium), como en casi todos los farmacológicos, no tiene otro efecto que el de crear hábito en dicho consumo, de ahí que la gravedad para la salud, deba deducirse de los efectos que necesariamente produce la sustancia, no de la manera o modo en que el receptor de ella decida consumirla . El comportamiento del usuario, o víctima potencial, no puede ni debe ser imputable al autor del tráfico ilegal cuando es aquél el que propicia, con su conducta, la mayor gravedad de su consumo, o la mayor gravedad de los efectos derivados de ese consumo .”

²⁹ Vid. ARROYO ZAPATERO, L.: Objeto material en el art. 368 del CP. Cuadernos de derecho judicial, 2000, p. 335.

Estos cambios de criterio en la Jurisprudencia nos pone de manifiesto la clara inseguridad jurídica que genera una redacción tan abierta del tipo penal del art. 368 del CP remitiendo a los Tribunales la determinación de ciertos elementos normativos contenidos en su descripción típica. Prueba de la falta de uniformidad de los criterios jurisprudenciales sobre la calificación dentro de las diferentes drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas como sustancias que causan grave daño a la salud, se ha producido especialmente en relación a las anfetaminas y todos sus derivados (speed, retard y las drogas de diseño, como MDA –o píldora del amor-, MDMA –o éxtasis- o MDEA –EVA-). La anfetamina ha sido considerada dentro de las drogas que no causan grave daño a la salud hasta la STS de 1 de junio de 1994 (RJ 1994/4509), a partir de la cual se cambió el criterio y pasó a formar parte de las drogas que sí causan grave daño a la salud.³⁰

Además, REY HUIDOBRO pone de manifiesto que, “nunca la escasez de pureza puede convertir una droga considerada objetivamente como dura, en blanda. Basta, como dice la jurisprudencia, con constatar (a través del correspondiente dictamen pericial) la presencia del principio activo de la sustancia, para que se considere cometido el tipo base del artículo 368 del Código penal, sin necesidad de conocer el grado de pureza, que sí sería preciso por el contrario, para llegar a considerar la notoria importancia como subtipo agravado (SSTS de 8 de julio de 1994 (RJA 6649), 18 de octubre de 1995 (RJA 7556) y 11 de marzo de 1998 (RJA 2581)).”³¹

2. Dosis mínima psicoactiva

Ahora bien, la pureza de la sustancia si podrá tener relevancia a efectos de la aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo, según la cual si la cantidad de principio activo de la sustancia en cuestión, determinada en el informe pericial correspondiente, está por debajo de la dosis mínima psicoactiva fijada en el Informe del Instituto Nacional de Toxicología, la misma no se estimará como objeto de la acción típica. Dicho informe fue solicitado a dicho organismo por acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala del TS de fecha 24 de enero de 2003.

³⁰ ACALE SÁNCHEZ, M.: Salud pública, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 73 y ss.

³¹ Cfr. REY HUIDOBRO, L.F.: El delito de tráfico de drogas. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 126 y 127.

Por dosis mínima psicoactiva se entiende conforme a la STS núm. 270/2011 de 20 de abril:

“... la concentración más reducida de principio activo que cada tipo de droga necesita para causar alguna alteración apreciable sobre el organismo humano, con independencia de su idoneidad para satisfacer las necesidades del consumidor y diferente, por tanto de las dosis de abuso habitual que es la utilizada en cada toma por los consumidores de estupefacientes y sustancias psicotrópicas con "aptitud para satisfacer sus necesidades inmediatas". En otras Sentencias del TS, como la núm. de 28 de enero de 2004 se define como: “los mínimos psico-activos son aquellos parámetros ofrecidos por un organismo oficial y de reconocida solvencia científica, como es el Instituto Nacional de Toxicología, que suponen un grado de afectación en el sistema nervioso central, determinando una serie de efectos en la salud de las personas, desde luego perjudiciales, al contener unos mínimos de toxicidad, y producen también un componente de adicción, que ocasiona que su falta de consumo incite hacia la compulsión.”

Sobre el principio de insignificancia traemos aquí la Sentencia del TS núm. 324/2014 de 15 abril en su Fundamento Único establece lo siguiente:

“...el objeto del delito contra la salud pública se determina con un límite cuantitativo y cualitativo mínimo, pues como establece la Sentencia de 28 de octubre de 1996 (RJ 1996, 8569) "el ámbito del tipo no puede ampliarse de forma tan desmesurada que alcance a la transmisión de sustancias que, por su extrema desnaturalización cualitativa o su extrema nimiedad cuantitativa, carezcan de los efectos potencialmente dañinos que sirven de fundamento a la prohibición penal" es decir, cuando por dicha absoluta nimiedad la sustancia ya no constituya, por sus efectos, una droga tóxica o sustancia estupefaciente, sino un producto inocuo (SSTS. 4.7.2003 (RJ 2003, 5914) , 18.7.2001 (RJ 2001, 6501) , 20.7.98 (RJ 1998, 5998) , 15.4.98 (RJ 1998, 3806))

En definitiva ante las dificultades técnicas que las cantidades de mínima significación generan, esta Sala ha entendido que es preciso establecer un criterio racional capaz de garantizar una aplicación objetiva e igualitaria del art. 368 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) y ha elaborado el concepto del objeto de la acción de tráfico a partir de la conclusión de que solo se debería considerar droga tóxica o estupefaciente, en el sentido del art. 368 CP , aquella sustancia que sea apta para producir los efectos que les son propios. Por tal razón ha tomado como referencia los cálculos del principio activo de cada droga respaldados por el Informe del Instituto Nacional de Toxicología, en el Pleno no jurisdiccional de 24 de enero de 2.003, de tal manera que por debajo del mínimo de principio activo la sustancia de la que se trate no será considerada objeto de la acción típica, aplicando los mínimos psicoactivos que resulta de las periciales (SSTS. 4/2004 de 14.1 (RJ 2004, 2133) ; 152/2004 de 11.2 ; 221/2004 de 20.2 (RJ 2004, 1110) ; 259/2004 de 20.2 (RJ 2004, 1073) ; 366/2004 de 22.3 ; 1215/2004 de 28.10 ; 1.7.2005 (RJ 2005, 5332) , doctrina que ha sido ratificada en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 3 de febrero de 2.005 (JUR 2005, 73174) , en el sentido siguiente" continuar manteniendo el criterio del Instituto Nacional de Toxicología relativo a las dosis mínimas psico-activas, hasta tanto se produzca un informe legal o se adopte otro criterio o alternativa".

Dosis mínimas psicoactivas de las sustancias más habituales son: heroína: 0,66 miligramos; cocaína: 50 miligramos; hachís: 10 miligramos; MDMA: 20 miligramos; morfina: 0,002 gramos; y 20 microgramos (0,000002 gramos), para el LSD.

Y decíamos que la pureza de la sustancia podrá tener relevancia porque en ocasiones su determinación pericial será inocua. Así es, no siempre será imprescindible conforme a la doctrina del Tribunal Supremo determinar el porcentaje de principio activo de las drogas objeto de tráfico mediante la prueba pericial, pues el Tribunal sentenciador podrá a través de la prueba

indiciaria llegar a la conclusión de que el porcentaje de principio activo es superior a la dosis mínima psicoactiva. Como ocurre en los casos en los que la cantidad de droga es bastante para inferir que la cantidad de principio activo está por encima de la dosis mínima psicoactiva establecida.

Esta doctrina es recogida en varias Sentencias del Tribunal Supremo, como la STS 380/2009 de 16 de abril, en la que se señala que la ausencia de analítica sobre el porcentaje activo de la droga ocupada no impide que a la vista de la cantidad de droga ocupada y otros datos se puede inferir razonadamente que se sobrepasó los límites del principio de insignificancia.³²

3. Relación de sustancias que causan grave daño a la salud (referencia jurisprudencial)

Los criterios jurisprudenciales tenidos en consideración para determinar si una droga causa mayor o menor daño a la salud vienen recogidos -entre otras muchas- en la STS de 12 de diciembre de 1994 (RJ 1995, 679) : «la mayor nocividad de las llamadas "drogas duras", se caracteriza por los siguientes efectos: produce tolerancia, es decir, mayor dosificación, en su uso continuado para conseguir similares efectos; ocasionan dependencia o adicción física y psíquica; la letalidad del producto con bajas dosis, de modo que el uso inadecuado o abusivo pueda producir, incluso por accidente, la muerte por sobredosis».

El Tribunal Supremo viene considerando como sustancias mas relevantes que causan grave daño a la salud las siguientes:

³² Otras SSTs que mantienen el mismo criterio: STS 910/2008 de 23 de diciembre: “Resulta innegable que a la vista de la ocupación de las 63 papelinillas --hecho no cuestionado-- y a la vista del peso total, también no cuestionado, aún desconociendo el peso neto, está fuera de toda duda que se está por encima del umbral de los cincuenta miligramos de cocaína en relación a la totalidad del alijo”; STS núm. 854/2005 de 30 de junio: “*Ciertamente, el informe analítico oficial no determina el porcentaje del principio activo que contenían los 14,33 gramos de pastillas de éxtasis (MDMA) intervenido al acusado, pero debemos significar que si la determinación objetiva del dato en cuestión resulta necesaria cuando la droga objeto del delito es de una mínima o exigua cantidad, no lo es en aquellos casos en los que dicha cantidad es considerable, como aquí sucede, pues tratándose de 14.330 miligramos de MDMA resulta sencillamente inasumible que no contuvieran al menos 20 miligramos de riqueza básica.*” STS núm. 687/2007 de 17 de julio: “*En el presente caso nos hallamos ante la incautación de 25'22 grs. de MDMA y 8'72 grs. de cocaína, lo que supone que para que la pureza arrastrase a dichas drogas por debajo de los límites de psicoactividad, haciéndolas inocuas, que es lo que requiere la doctrina expuesta en los términos aplicados por esta Sala, tendríamos que estar hablando de un MDMA del 0'0008 % de riqueza o de una cocaína del 0'0057 %, lo que evidentemente es impensable pues, entre otras razones, el laboratorio oficial, con esos porcentajes tan ínfimos, no hubiera afirmado la naturaleza de las sustancias como tales MDMA y cocaína o, en todo caso, hubiera puesto de relieve, por lo excepcional, semejante circunstancia.*”

- 1) La heroína y la cocaína de una manera uniforme se han considerado drogas que causa grave daño a la salud y así se pone de manifiesto en la STS de 19 de junio de 1993 y también en este sentido, señala la núm. 10/1996 de 12 de enero :

«así nadie discute el efecto desintegrador de la personalidad que producen por ejemplo sustancias como la cocaína y la heroína, pero deben valorarse y ponderarse caso por caso las denominadas sustancias psicotrópicas que en ocasiones ha sido dicho se encuentran incorporadas a los productos farmacéuticos. Hacen referencia a la cocaína, como sustancia que causa grave daño a la salud las SSTS núm. 1014/1999 de 15 de junio y la núm. 1328/2000 de 24 de julio.

- 2) MDMA o “éxtasis”, MDA o “droga del amor” y MDE o “EVA”. La STS de 21 de febrero (RJ 1997/1618) expone que: “este tipo de droga conocidas como de “diseño” son , en general, productos sintetizados químicamente de forma clandestina y cuyas acciones farmacológicas son semejantes a las de drogas mas antiguas contralas...”

También hay que destacar la STS núm. 327/2004 de 1 de julio, que dice expresamente:

“En cuanto al MDMA, también es considerado por la jurisprudencia, tras unas vacilaciones iniciales, como sustancia que causa grave daño a la salud, y así, por ejemplo, la sentencia de 25 de Octubre de 1.999 recuerda que concurren en dicha sustancia los cuatro criterios que los protocolos internacionales emplean para tal calificación: por ser en sí lesiva para la salud, por el nivel de dependencia que crea en el consumidor, por el número de fallecimientos que provoca su intoxicación y por el grado de tolerancia, añadiendo que ,en concreto y por lo que se refiere al MDMA y a todas las llamadas "drogas de síntesis", se trata de sustancias semejantes que son variaciones de las anfetaminas, que producen parecidos efectos alucinógenos con un potencial tóxico añadido derivado de la ausencia de controles terapéuticos pudiendo ser fabricada con facilidad dada la escasa complicación que exigen los laboratorios. Desde un punto de vista jurídico penal, el MDMA ha sido considerado por la jurisprudencia de esta Sala -tras unas iniciales vacilaciones-, como droga que causa grave daño a la salud”.

- 3) Dentro de los alucinógenos hay que destacar el ácido Lisérgico, llamado también LSD, la mescalina y la psilobicina.

En relación al LSD podemos recordar la STS núm. 897/2008 de 17 de diciembre que dice expresamente:

“En segundo lugar tratándose de sustancias tales como LSD, anfetaminas, y MDMA, obviamente son por su misma naturaleza drogas que están clasificadas en la categoría de gravemente dañosas para la salud, cualquiera que sea su cantidad y su pureza, datos éstos relevantes solo para la apreciación de la notoria importancia que no es el caso presente, o para entender en supuestos extraordinarios de ínfima cantidad y bajísima pureza que carece de la toxicidad imprescindible para merecer la condición de droga o estupefaciente lesivo para la salud, lo que tampoco sucede en el presente supuesto”.

4) La morfina.

En cuanto a la cualificación de la morfina como sustancia que causa grave daño a la salud, así lo tiene declarado el Tribunal Supremo en las sentencias 17-9-1992 (RJ 1992\7171) y 12-1-1996 (RJ 1996\73), argumentando en esta última:

“que se trata del componente más importante entre los alcaloides naturales del opio; actúa sobre la corteza cerebral con la originación de una euforia pasajera, viniendo considerado como uno de los estupefacientes más violentos, que en los casos de abstinencia puede convertir al drogadicto en una persona peligrosísima, de ahí su definición de gravemente nociva para la salud; una vez inyectada en el cuerpo humano pasa directamente a la sangre y a los tejidos para finalmente actuar sobre el sistema nervioso central”.

5) Anfetaminas

En relación a las mismas es especialmente destacable la STS 875/1994 de 28 de abril que dispone en su Fundamento de Derecho Segundo:

“Respecto al tema admitido del motivo cuarto de igual recurso, en el que se censura la sentencia reclamada por aplicación indebida del tipo agravado del delito contra la salud pública definido en el artículo 344 del Código Penal al no ser las anfetaminas sustancias que causan grave daño a la salud, que tal aspecto del relatado motivo debe rechazarse de plano por su total falta de consistencia suasoria, ya que una doctrina jurisprudencial repetida y constante, de la que son ejemplos entre otras las Sentencias de 4 febrero y 7 mayo 1984 (RJ 1984\722 y RJ 1984\2477), 24 julio y 23 octubre 1991 (RJ 1991\6016 y RJ 1991\7354) y 14 abril y 18 diciembre 1992 (RJ 1992\3056 y RJ 1992\10436), ha declarado que las anfetaminas son productos que causan grave daño a la salud al desarrollar, en quien las consume, dependencia psíquica y compulsión a tomar la droga de forma continuada o periódica, crean tolerancia o necesidad de incrementar la dosis para lograr iguales efectos, y causan, por su acción estimulante del sistema nervioso central, labilidad intelectual, irritabilidad con inclinación a comportamientos violentos, ansiedad e insomnio, pudiendo terminar en la llamada psicosis anfetaminical, que es un cuadro semejante al de la esquizofrenia paranoide, por lo que siendo ello igual a lo resuelto por la Sala de instancia sobre este particular, es claro que no se quebrantó en él la Ley y por lo tanto que este aspecto del motivo que se analiza debe desestimarse de plano.”

- Dentro de las anfetaminas hay que destacar la centramina, conocida por “speed”, estableciendo la STS num. 111/2000 de 3 de mayo lo siguiente:

“En primer lugar, y con respecto únicamente a Joaquín E. H. los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de delito contra la salud pública, en la modalidad de sustancia que causa grave daño a la salud, prevista y penada en el artículo 368 del Código Penal.”

El mismo criterio se sigue en otras Sentencias del Tribunal Supremo como la de 1 de julio de 1997.³³ Otra STS reciente que la cataloga como de grave daño a la salud es la núm. 788/2014 de 17 de septiembre.

³³ Esa Sentencia de 1 de julio de 1997 establece en relación al speed que es una sustancia gravemente perjudicial para la salud “por la producción de dependencia y afectar al sistema nervioso central , originando trastornos de la función motora y alteraciones del juicio, del comportamiento y del estado de ánimo del sujeto que las ingiere.”

No se debe confundir el “speed” con el “speed-ball”, que es una sustancia que resulta de la mezcla de cocaína y heroína, que igualmente causa grave daño a la salud.

- Otras anfetaminas que debe recordarse es la dexedrina (STS num. 1915/1993 de 22 de julio)

6) Ketamina, a la que hace referencia la STS 208/2014 de 10 de marzo:

“Ambos peritos, además de ratificar su informe pericial, explicaron en la vista oral del juicio que la ketamina es una sustancia psicotrópica que produce un efecto alucinógeno que en algunos aspectos puede asimilarse a los que genera el LSD. Precisaron que su inhalación produce una disociación o separación del individuo con respecto al mundo exterior, de modo que - ejemplificaron- puede creerse capaz de detener un tren o de volar como Superman, perdiendo así el sujeto el contacto con la realidad externa y con el mundo de su entorno.

Por consiguiente, las conclusiones sobre los graves daños a la salud que genera tal sustancia son muy similares entre ambas pericias, quedando así solventada cualquier insuficiencia en la contradicción del primer informe comentado”.

7) GHB, abreviatura de gammahidroxibutirato y ácido gamma-hidroxibutírico y GBL, abreviatura de gamma butirrolactona, sustancias a las que se refieren las SSTS 1224/2004 de 15 de diciembre, la núm. 386/2008 de 27 de junio y la num. 870/2008, considerándolas que causan grave daño a la salud.

8) Por último destacamos la sustancia 2CB ó Bromo 2,5 dimethoxyphenyl ethylamine, también conocida en el mercado ilícito con los nombres de "a-desmetil-DOB", "Venus", "BDMPEA", "MFT", "Erox", "Nexus", "Tucibi" -por la fonética de sus siglas en inglés- o "Performax", sustancia que fue sintetizada en 1974 por el Profesor Alexander T. Shulgin, en California en el curso de investigaciones sobre fármacos psicodélicos y su posible uso terapéutico como inductor previo en las sesiones de psicoanálisis. Tal uso terapéutico resultó muy controvertido y finalmente, fue desestimado por la comunidad científica, siendo en definitiva recomendada por la Comisión de Estupefacientes de las Naciones Unidas, en su 44º período de sesiones, la inclusión de dicha sustancia, entre otras, en las listas anexas al Convenio de 1971 sobre sustancias psicotrópicas de las Naciones Unidas.

Pues bien, dicha sustancia es recogida en la reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 277/2014 de 28 de mayo como sustancia que causa grave daño a la salud.³⁴

4. Sustancias que no causan grave daño a la salud (referencia jurisprudencial)

a) Derivados del cáñamo índico o Cannabis Sativa.

Según la STS 89/2002 de 25 enero,

“en relación a los derivados del cáñamo indico o Cannabis Sativa, la sustancia activa, el tetrahidro-cannabinol —THC— se obtiene de la planta sin proceso químico alguno en esto se diferencia de la heroína y cocaína—, por lo que la mayor o menor concentración de THC depende exclusivamente de la forma de presentación de la planta, ya sea ésta en estado natural y por tanto con una menor concentración como ocurre en la marihuana, mayor en la presentación bajo la forma de hachís, y superior en el aceite de hachís; en general, se ha estimado que el grado de concentración de THC en el hachís, se sitúa entre el 4% y el 12%, para la marihuana y no equivalentes, el Kiffi, marroquí o la griffa, el principio activo se sitúa entre el 0,5 y el 4% y para el aceite de hachís la concentración está por encima del 12%.

También se considera que son drogas que no causan grave daño a la salud el flunitracepán, que constituye la base del «rohipnol», y ciertos fármacos como el “rivotril”, el «tranxilium» y el «tranquimacín» (Alprazolán).

Podemos traer a este trabajo la STS núm. 1174/2002 de 22 de junio que establece:

“La jurisprudencia, no obstante, a partir del Pleno no jurisdiccional de esta Sala celebrado el 23 de marzo de 1998, en que se decidió excluir al flunitracepán, que constituye la base del «rohipnol», de las sustancias gravemente perjudiciales para la salud –lo que ha sido declarado en SS. de 18-5-1998 (RJ 1998, 4879) , 17-11-1998 (RJ 1998, 7766) , 1-2-1999 (RJ 1999, 211) y 12-2-2001 (RJ 2001, 363) , entre otras– ha venido manteniendo el mismo criterio en relación con los fármacos conocidos por «tranxilium» – SS. de 29-6-1999 (RJ 1999, 6120) y la ya citada 12-2-2001– y «trankimazín» – SS. de 11-10-1999 (RJ 1999, 7078) y 10-7-2001 (RJ 2001, 6373) – por entender que, aun estando incluidas en las listas anexas al Convenio de 26-6-1971 los psicotrópicos contenidos en dichos fármacos, la composición no tóxica de los mismos, inseparable de su finalidad terapéutica, impide que se les tenga por sustancias intrínseca y gravemente perjudiciales, criterio que puede ser extendido a la metadona en tanto se trata de un producto de consumo autorizado –aunque naturalmente bajo control médico– para los programas de deshabituación de la heroína.”

En el mismo sentido, mencionar la STS núm. 2020/2000 de 209 de diciembre en relación al Trankimacín, Tranxilium y Rohipnol.

BIBLIOGRAFÍA

ACALE SÁNCHEZ, M.: Salud pública y drogas tóxicas, Tirant lo Blanch, 2002

ARROYO ZAPATERO, L.. Aspectos penales del tráfico de drogas, Poder Judicial, 11, 1984.

³⁴ Se han dictado otras Sentencias por distintas Audiencias Provinciales como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 19/2012 de 17 de febrero y la de la Audiencia Provincial de Sevilla núm. 235/2012 de 28 de mayo.

- BELLOCH JULBE, J. A.: La reforma del artículo 344 del Código penal: una visión judicial, en Comunidad y Drogas, Cuadernos técnicos de estudios y documentación, Monografía N° 3, Modificaciones penales y atención de personas con drogodependencias, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, Mayo 1988
- BERISTAIN IPIÑA, A.: Delitos de tráfico ilegal de drogas (art. 344 del CP), en Comentarios a la legislación penal. La reforma del Código Penal de 1983. I. V, vol. 2, 1985, p. 762;
- CARBONELL MATEU, J. C., Consideraciones técnico-jurídicas en torno al delito de tráfico de drogas, en La problemática de la droga en España (Análisis y propuestas político-criminales EDESA, Madrid, 1986.
- CÓRDOBA RODA, J., El delito de tráfico de drogas, Estudios penales y criminológicos, nº 4, 1979-1980.
- CONDE-PUMPIDO TOURÓN. C.: Código penal. Doctrina y jurisprudencia, Trivium, 1998.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.: El marco normativo de las drogas en España, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Tomo XCV de la segunda época, núm. 3, septiembre 1987.
- GALLEGO SOLER, J. I.: Los delitos de tráfico de drogas II. Un estudio analítico de los arts. 369, 370, 372, 374, 375, 377 y 378 del CP y tratamientos jurisprudenciales, Barcelona, 1999.
- GANZENMÜLLER ROIG, C./ESCUDERO MORATALLA J. F./FRIGOLA VALLINA, J.: Delitos contra la salud pública (II):Drogas, sustancias psicotrópicas y estupefacientes, Bosch, Barcelona, 1997.
- JOSHI JUBERT, U.: Los delitos de tráfico de drogas I: Un estudio analítico del art. 368 del CP. Grupos de casos y tratamientos jurisprudenciales., Bosch, Barcelona, 1999
- LANDROVE DÍAZ, G.: Tráfico de drogas y represión en Estudios Penales y Criminológicos nº 17, 1994.

* * * * *

M.^a Guadalupe Domínguez Dueñas

Juez Sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Socia FICP.

~La responsabilidad penal de las personas jurídicas~

Resumen.- En nuestro ordenamiento jurídico-penal y hasta el actual Código de 1995, la responsabilidad penal de los entes grupales no estaba regulada, pero con la promulgación de la Ley Orgánica 5/2010 se produjo un cambio de importante en lo referente al sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Así de un modelo basado en el principio *societas delinquere non potest* se pasó a otro donde se asume la responsabilidad penal de entidades con personalidad jurídica, y por consiguiente la posibilidad de imponerles sanciones penales. Con la aprobación de la LO 1/2015 de 30 de marzo, con entrada en vigor el próximo día 1 de julio de 2015 se producen modificaciones de importancia en esta materia que analizaremos sintéticamente junto con el estudio de la regulación aún vigente.

Palabras claves.- Personas jurídicas, responsabilidad penal, culpabilidad, *nueva regulación legal*, *representante legal*, *administrador*, *empleado*, *imputación*.

I. INTRODUCCIÓN

La atribución de responsabilidad a las personas jurídicas no ha sido objeto de discusión en los ámbitos del Derecho Civil (responsabilidad contractual y extracontractual), incluso cuando esa responsabilidad civil se deriva del delito, y es a cargo de la persona jurídica. También en el ámbito del Derecho administrativo se reconoce responsabilidad de tipo administrativo a dichas entidades y la posibilidad de imponerles sanciones administrativas, y ello es así porque es en ambos casos una responsabilidad de carácter objetivo. Pero en el ámbito penal la responsabilidad es de carácter subjetivo, rigiendo los principios *societas delinquere non potest* (las sociedades no pueden delinquir), con lo que se rechazaba la responsabilidad *penal* de las personas jurídicas y se consideraba que en los casos de comisión de un delito en el seno de una persona jurídica, la responsabilidad *criminal* alcanzaba únicamente a las personas físicas que actuaban por la jurídica, a través de la previsión de determinadas cláusulas como la contenida en el artículo 31.1 del Código penal de 1995, que tiene como finalidad la ampliación del círculo de la autoría de los delitos especiales a las personas físicas, que actúen como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica o en nombre o representación legal o voluntaria de otro. De esta forma se evitaba la impunidad en que se incurría cuando la persona jurídica no era penalmente responsable y el hecho delictivo era cometido en su nombre o beneficio por quien no reunía las condiciones de la autoría establecidas por los tipos delictivos.

En nuestro país desde el punto de vista legislativo, el tema de la responsabilidad penal de la persona jurídica ha ido evolucionando hasta finalmente cuestionar o negar el

tradicional principio de la incapacidad de las personas jurídicas para delinquir y por tanto para ser penalmente responsable de los delitos.

El Código penal de 1995 estableció de forma sistemática consecuencias jurídicas del delito aplicable a las personas jurídicas, esto es: CONSECUENCIAS ACCESORIAS. Las mismas no tenían la denominación de penas y tampoco se reconocía de forma expresa que las personas jurídicas pudieran incurrir en una responsabilidad jurídica de carácter penal.

No fue hasta la promulgación de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código penal cuando se prevé de forma sistemática las consecuencias jurídicas aplicables a las personas jurídicas, reconociéndoles de forma expresa responsabilidad penal en el art. 31 bis, estableciéndose un catálogo de penas aplicables directamente a las mismas en el art. 33.7, y un sistema de aplicación de estas penas en el art. 67 bis.

Dicha Ley suprimió el art. 31.2 del C.P., y adicionó el apartado 2 al art. 130 del mismo texto legal. No obstante lo anterior no se suprimieron las *consecuencias accesorias*, pues las mismas se siguen aplicando a empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones que carecen de personalidad jurídica (art. 129).¹

Una interpretación restrictiva del art. 129 CP supondría su aplicación exclusivamente a aplicación a entes con proyección económica, independientemente de que tengan o no ánimo de lucro, pero la interpretación extensiva supondría incluir en el ámbito de aplicación del tipo “...a todo ente con proyección delictiva que de *facto* pueda ser soporte o medio para la comisión de un delito, con independencia de su proyección económica.”²

II. LOS DELITOS DE COMISIÓN POR OMISIÓN

Los entes colectivos, es decir, el conjunto estable de dos o más personas, con uno o varios objetos «sociales» y un cierto patrimonio separado del de sus miembros (en el sentido de ser algo en parte distinto de sus componentes personas físicas), cuando resulten imputados de comisión de conductas típicamente antijurídicas, lo primero que

¹ BOLDOVA PASAMAR, M. A., La Introducción De La Responsabilidad Penal De Las Personas Jurídicas En: La Legislación Española. Estudios Penales y Zaragoza. 2013, p. 222.

² DE LA FUENTE HONRUBIA, F. Las Consecuencias Accesorias como Medidas Cautelares en el Proceso Penal. La Ley Penal, 13, 2005, p. 3.

habrá que definir es en qué ha consistido tal conducta y cómo se le puede imputar objetivamente a dicha entidad, al tiempo o ¿al margen? de la imputación que pueda merecer una persona física por el mismo comportamiento.

Estos entes colectivos, especialmente los dotados de personalidad jurídica, carecen de inteligencia, y de voluntad, aunque sí poseen, una serie de características reales que les confieren cierta entidad en el ámbito socioeconómico: tienen un patrimonio separado, una filosofía o forma de comportarse, unas normas internas de funcionamiento, una capacidad de «deliberación» y «decisión» directora de su actividad resultante de los pensamientos y decisiones de la persona o conjunto de personas que la gobiernen (administrador o administradores de hecho o de derecho, representantes legales, consejo de administración, junta de accionistas, dependientes con mayor o menor autonomía. En definitiva, «son» algo distinto de cada una de las personas físicas que forman parte de la misma, total o parcialmente, en función de la dimensión de la empresa colectiva. Se puede decir es una *persona fictia* fundada en datos reales. Los entes colectivos con personalidad jurídica se considera desde una perspectiva *antropomórfica* como una entidad que, como el ser humano *mutatis mutandi* tiene, una capacidad de deliberación, de decisión y de acción u omisión.³

En el art. 31 bis 1, en su segundo párrafo, se imputa a la persona jurídica por hechos que las personas físicas “han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso”, es decir, que de haberse controlado los hechos por los responsables de la organización de la persona jurídica, estos no hubieran acaecido; por tanto es la no evitación del resultado por parte de la entidad en posición de garante, lo que fundamenta la imputación. Es un delito de comisión por omisión.

En el art. 31bis.1, segundo párrafo no se hace mención expresa, como fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica, de la ausencia de control por parte de nadie ni de un defecto de organización estructural o funcional que hayan permitido al representante o al administrador de la persona jurídica ejecutar el delito, pero la imposibilidad de derivar una responsabilidad penal de una conducta ajena, sin imputación objetiva primero y subjetiva después, exige encontrar ese fundamento

³ RODRÍGUEZ RAMOS, L. ¿Cómo puede delinquir una persona jurídica en un sistema penal antropocéntrico? (La participación en el delito de otro por omisión imprudente: pautas para su prevención). Diario La Ley, 7561, Sección Doctrina, 2011, p. 6.

implícito que, en cualquier caso, tendrá que consistir en un «no hacer» coetáneo o anterior al hecho delictivo protagonizado por el administrador o el representante legal, en definitiva en una comisión por omisión que permitió o no impidió que acaeciera la conducta delictiva básica.

III. LA IMPUTACIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA

En la actual regulación, el legislador delimita el elemento subjetivo del objeto del proceso al establecer que el ente jurídico incurre en responsabilidad penal siempre que la persona física vinculada a éste, a través de su representante legal o administrador de hecho o de derecho, realice, en nombre y provecho del mismo, una actividad punible de las específicamente regladas, art. 31 bis 1 *ab initio* CP; así la responsabilidad que se atribuye a la persona jurídica es por transferencia, puesto que supone que la persona física integrada en su estructura ha desarrollado, según sus funciones, una actividad punible en nombre y beneficio de la persona jurídica. Así existe una doble imputación, pues se imputa a la persona jurídica por la comisión del hecho punible ejecutado por el administrador o representante legal y, al mismo tiempo, también se imputa individualmente a dicha persona física por esta actuación. Al respecto, el cargo de administrador o de representante legal debe equipararse al concepto de administrador de hecho, incluyendo aquellas personas que tengan los mandatos nulos o caducados, pero que sigan ejerciendo dichas funciones. Lógicamente, la conducta punible desplegada por el representante o administrador exige que su comisión sea dolosa, a excepción del blanqueo de capitales que admite la comisión por imprudencia, arts. 301.3 y 302.2 CP. También existe responsabilidad penal del ente jurídico si dicha acción típica ha sido ejecutada por los subordinados de los representantes legales o administradores, dentro del mandato que éstos les otorgaron y sin extralimitarse en sus funciones, a consecuencia de que el representante del ente jurídico no ha ejercido el debido control sobre su estructura vertical, art. 31 bis 1 *in fine* CP.⁴

Por tanto la persona jurídica asume su responsabilidad penal siempre que el administrador vulnere por imprudencia el deber de cuidado o consienta que la estructura del ente sea defectuosa, incumpliendo así los deberes de control, supervisión y vigilancia, por su propio descuido o negligencia. Se exige, como en el anterior supuesto,

⁴ PORTAL MANRUBIA, J. El enjuiciamiento penal de la persona jurídica. Diario La Ley, 7769, Sección Doctrina, 2012, p. 2.

que el subordinado perpetre dolosamente la acción típica prevista por el legislador, a excepción del delito de blanqueo de capitales que admite la imprudencia.

La imputación del ente jurídico supone una declaración judicial destinada a atribuir a una persona jurídica las sospechas de su participación en una actividad que revista caracteres de delito. La imputación permanece vigente mientras dure la instrucción, alzándose si se declarara su inocencia por medio del auto de sobreseimiento o bien adquiriendo el *status* de acusado al dictarse el auto de apertura del juicio oral. También se alza dicho *status* si prescribe la actuación que se le imputa a la persona jurídica, arts. 130.1.6 CP y 675 LECrim.

El legislador excluye la responsabilidad penal del Estado, de las Administraciones Públicas, territoriales e institucionales, de los Organismos Reguladores, de las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, así como de los partidos políticos y de los sindicatos, de las organizaciones internacionales de derecho público y de aquellas que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o sociedades mercantiles estatales, que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, art. 31 bis 5 *ab initio* CP. No obstante, las corporaciones pueden ser declaradas responsables penales si los fundadores, promotores, administradores o representantes crean dicho ente *ex profeso* para eludir una eventual responsabilidad penal, art. 31 bis 5 *in fine* CP.

La citación del ente jurídico se llevará a cabo en el domicilio social de la persona jurídica, tras lo cual la misma debe comparecer ante el órgano instructor por medio de un representante, especialmente designado, que será asistido por Abogado y Procurador de confianza. En los supuestos en que la persona jurídica no designe representante alguno para que la personifique en el procedimiento, y por tanto no comparezca el día y hora señalado, el legislador decide que prosiga el procedimiento designándosele Abogado y Procurador del Turno de Oficio, con el fin de salvaguardar su derecho de defensa y no entorpecer la sustanciación del procedimiento, art. 119 LECrm.

En cuanto a quien sea designado representante de la persona jurídica en el procedimiento penal, el legislador solo requiere que la persona jurídica designe a una persona física para que la personifique durante toda la pendencia del proceso, pero sin exigir que dicho sujeto coincida con su representante legal como sucede en el proceso civil.

El representante para actuar en juicio debe tener la capacidad suficiente, sin estar aquejado de enfermedad persistente alguna, con independencia de que haya sido o no declarada su incapacitación, art. 25 del CP. En los supuestos en que el órgano instructor observe que la representación del ente jurídico recae sobre un sujeto incapaz de gobernarse, corroborará dicho extremo por medio de un examen médico forense y en el supuesto de que éste emita un informe en sentido afirmativo tendrá por no realizada su designación, art. 381 LECrim. Por tanto el legislador no veda que dicho representante pueda ir variando a lo largo del procedimiento. La incomparecencia del representante del ente en el acto del juicio oral en ningún caso impide su celebración, arts. 746 *in fine* y 786 bis 2 LECrim.

En aquellos supuestos en que el representante legal o el administrador resulten también imputados, éste/éstos no puede/n ser designado/s también para la representación del ente en el procedimiento penal, toda vez que al órgano instructor se le veda la posibilidad de realizar la diligencia de careo; siendo además contrario al derecho de defensa que un mismo sujeto use, de manera eficiente, el derecho a la última palabra como sujeto imputado y como representante de la persona jurídica imputada, arts. 451 y 786 bis 1 *in fine* LECrim.

1. Declaración de rebeldía

El art. 839 bis LECrim disciplina el instituto de la rebeldía respecto de la persona jurídica:

1. La persona jurídica imputada únicamente será llamada mediante requisitoria cuando no haya sido posible su citación para el acto de primera comparecencia por falta de un domicilio social conocido.
2. En la requisitoria de la persona jurídica se harán constar los datos identificativos de la entidad, el delito que se le imputa y su obligación de comparecer en el plazo que se haya fijado, con abogado y procurador, ante el Juez que conoce de la causa.
3. La requisitoria de la persona jurídica se publicará en el Boletín Oficial del Estado y, en su caso, en el Boletín Oficial del Registro Mercantil o en cualquier otro periódico o diario oficial relacionado con la naturaleza, el objeto social o las actividades del ente imputado.
4. Transcurrido el plazo fijado sin haber comparecido la persona jurídica, se la declarará rebelde, continuando los trámites procesales hasta su conclusión.

Dicho *status* de rebeldía finaliza en el momento en que comparezca un representante del ente con Abogado y Procurador ante el órgano instructor.

La declaración de rebeldía del ente jurídico no va acompañada de la correspondiente designación de Abogado y Procurador del Turno de Oficio a fin de asegurar la contradicción durante la sustanciación del procedimiento (9). Por tal razón,

dicha decisión debe ser interpretada de forma restrictiva, ya que dicha situación procesal no debe equipararse a la negativa voluntaria de no comparecer ante el órgano instructor, a pesar de haber recibido, de manera correcta, la citación judicial. Dicha decisión olvida, tal como dispone el FJ 2 de la STC 277/1994, de 17 de octubre, Ponente Don Julio Diego González Campo (LA LEY 13033/1994), que nadie puede ser acusado sin haber sido oído por el juez instructor para que se le traslade la imputación sobre el hecho punible que se presume que ha cometido, se le faciliten los derechos que ostenta durante su pendencia y designe Abogado que le defienda. Ello no obstante, la designación de Abogado y Procurador del Turno de Oficio por parte del órgano jurisdiccional, aunque salvaguarda el derecho de defensa, podría ser ineficaz ya que el ente jurídico no mantiene una comunicación adecuada con su defensor.⁵

IV. IMPUTACIÓN OBJETIVA Y CULPABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

La tipicidad en el particular ámbito de las entidades colectivas requiere de un juicio de atribución de un hecho lesivo o peligroso para bienes jurídicos a la persona jurídica, que forzosamente deberá haber sido llevado a cabo, activa u omisivamente, por una persona física.

Para la afirmación de la tipicidad de una actuación social, deberían verificarse, al menos, dos extremos: 1) la actuación de una o más personas físicas, lo que en la doctrina alemana se viene llamando hecho de conexión, y 2) la imputación de un delito a una persona jurídica requiere que el hecho de conexión, en palabras del código penal español, sea llevado a cabo en nombre, por cuenta y en provecho de la persona jurídica.

La literatura científica alemana se plantea la cuestión de si debe existir conexión de causalidad entre el hecho de conexión y el resultado lesivo; desde nuestra perspectiva, imputándose a la persona jurídica un hecho activo positivo, la respuesta debe ser afirmativa, pues así se infiere del art. 31bis.1C.P., y también de la redacción del artículo 52.4 C.P., se desprende, sin duda, esa necesidad de la comisión de un delito por parte de una persona jurídica.

Los preceptos citados, como vemos, alternativamente requieren un hecho o un delito, es decir, se está exigiendo la presencia de una acción u omisión, conforme al

⁵ PORTAL MANRUBIA, J. El enjuiciamiento penal de la persona jurídica. Diario La Ley, 7769, Sección Doctrina, 2012, p. 7.

artículo 10 CP, y tienen que haber sido llevados a cabo por una persona física, lo que se requiere expresamente en el apartado segundo del mismo artículo 31 bis.1CP.

Al requerirse un hecho de conexión, se precisa, que alguien lo lleve a cabo, y el Código Penal se refiere literalmente a los administradores de hecho o de derecho, a los representantes legales y a las personas subordinadas a la autoridad de aquéllos. Regulación que resulta coherente con el criterio mantenido por el derecho administrativo sancionador, donde se hacía responsable a las personas jurídicas por los hechos llevados a cabo por sus trabajadores.

1. Administradores de hecho o de derecho, representante legal, y personal subordinado.

En cuanto a los Administradores de hecho y de derecho, se trata de dos categorías excluyentes que se comportan autónomamente, de forma que administrador de hecho sería aquél que no lo es de derecho, por otra, se trata de dos categorías que se comportan como círculos concéntricos, donde la de administrador de hecho es más amplia y abarca a la de administrador de derecho. Tal distinción tiene importancia en los supuestos en que se estimase que el administrador de derecho que sólo lo fuese formalmente, sin ejercer *de facto* la administración social, carece de responsabilidad.

En cualquier caso, administrador de derecho será aquel que determine la legislación, especialmente la mercantil, y el administrador de hecho, el mas complejo, no viene definido en nuestra legislación positiva mercantil.

En todo caso el derecho penal debe abordarlo desde una perspectiva sustancial, no sometida, al criterio del derecho mercantil o civil. Debe partirse de la idea de que administrar es gobernar o dirigir, por lo que administrador de hecho será que el que gobierna o dirige, sin necesidad de que tales competencias sean globales, siendo suficiente con que lo sean simplemente sectoriales, con lo que sería cualquier persona que, vinculado a la sociedad de alguna manera, tuviese capacidad real de tomar decisiones socialmente relevantes, globales o parciales, sobre las cuestiones de la empresa, en definitiva, quien ejerza el efectivo el dominio social, siendo indiferente si aparece frente a terceros como administrador o si se limita a ejercer efectivamente en la sombra; al tiempo que puede prescindirse de si la función directiva la ejerce temporal o

permanentemente, mientras, claro está, la ejerza al tiempo de los hechos penalmente relevantes.⁶

Así, el concepto de administrador de hecho es más amplio y difícil de probar, pues en él caben no solo los que tengan títulos defectuosos, caducados o no inscritos, sino también quienes ejerzan el poder fáctico en la persona jurídica, que tampoco podrá predicarse del apoderado concreto.

Admitido un concepto material amplio de administrador de hecho y contemplado en la ley penal el administrador de derecho, se produce un cierto solapamiento con éstos que el legislador parece dar por supuesto, en la medida en que en el artículo 31 bis.4 se contenta con una genérica mención a los representantes legales de la persona jurídica, prescindiendo de los administradores de hecho o de derecho; con lo que debe admitirse que puede haber representantes legales que no sean al mismo tiempo administradores de hecho o de derecho.

Tras los administradores de hecho o de derecho o representantes legales, el código se refiere a cualquier persona subordinada a las anteriores, así existe responsabilidad penal del ente jurídico si dicha acción típica ha sido ejecutada por los subordinados de los representantes legales o administradores, dentro del mandato que éstos les otorgaron y sin extralimitarse en sus funciones, a consecuencia de que el representante del ente jurídico no ha ejercido el debido control sobre su estructura vertical.

Los directivos de la persona jurídica tienen obligación de supervisar a sus empleados, cuando aquéllos omiten su deber de supervisión se considera que no se ha producido el control debido. En este punto será la jurisprudencia la que determine los deberes que atañen a los directivos y en que formas pueden producirse infracción de los mismos, así como las posibles conductas imprudentes.

Una cuestión importante en esta materia es la de qué relación debe establecerse entre el delito cometido por el empleado y el fallo de supervisión del directivo. La mera constatación de que todo ello se haga por cuenta y en provecho de la persona jurídica no debe ser suficiente. Entre ambos debe establecerse una relación de imputación objetiva,

⁶ GÓMEZ TOMILLO, M. Imputación Objetiva y Culpabilidad en el Derecho Penal de las Personas Jurídicas. Especial Referencia al Sistema Español. Revista Jurídica de Castilla y León, 25, Septiembre 2011, p. 57.

de tal manera que el riesgo que se genera por el fallo de supervisión es el que se tiene que concretar en la actuación del empleado.⁷

2. Dolo o imprudencia

En la actual regulación, la tipicidad en el caso de delitos de personas jurídicas consiste en la realización de un hecho objetivamente típico por parte de un sujeto físico, el cual se imputa a la organización, no en la existencia de un defecto de organización que por sí mismo no explica tal imputación.

Lo injusto característico de las personas jurídicas resulta ser de la conjunción de la actuación de la persona física con las especiales posibilidades estructurales y medios de la persona jurídica efectivamente utilizados e implica necesariamente la lesión o puesta en riesgo de bienes jurídicos (situación muy próxima, si bien no idéntica, a la característica de la coautoría).

Las categorías del dolo o de la imprudencia se encuentran diseñadas para personas físicas, por lo que no cabe su extrapolación, sin más, al ámbito de las personas jurídicas.

Si se entiende la culpabilidad, cuando el delito es cometido por una persona jurídica, como defecto de organización, tal defectuosa organización será mayor y más reprochable, cuando la conducta del sujeto físico que actúa sea intencional, que cuando sea meramente imprudente. Por consiguiente, estamos ante elementos que requieren de expresa consideración no en el ámbito de la tipicidad, sino en el de la culpabilidad.

Al imponer sanciones a las personas jurídicas se debe partir de la culpabilidad de éstas y no prescindir de ese elemento, por tanto debe mantenerse la exigencia de culpabilidad en el derecho penal de las personas jurídicas, lo que se encuentra en sintonía con la jurisprudencia del tribunal constitucional español.

Conforme al criterio del Tribunal Constitucional, las personas jurídicas tienen capacidad de culpabilidad, debiéndose, sin embargo, precisar en qué consiste esa capacidad de culpabilidad. Con carácter previo, cabe poner de manifiesto que de lo afirmado por el tribunal constitucional parece deducirse que se equipara culpabilidad y capacidad infractora. Sin embargo, cabe afirmar la existencia de capacidad de infracción y, por el contrario, sostener la ausencia de culpabilidad, tanto en las personas físicas

⁷ MARTÍNEZ PARDO, V.J. La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Universidad de Valencia Revista Internauta de Práctica Jurídica, 26, 2011, p. 10.

(piénsese, por ejemplo, en los casos de inimputabilidad, donde se ha infringido la norma, pero no se es culpable) como en las jurídicas.⁸

V. PENAS

El art. 33 en su apartado séptimo regula las penas susceptibles de aplicación a las personas jurídicas. Las penas concretadas en una serie de supuestos *numerus clausus* vienen a establecer sanciones penales que comprenden:

a) la multa por cuotas o proporcional.

b) disolución de la persona jurídica.

c) suspensión de la actividad por un plazo que no podrá exceder de cinco años.

d) clausura de locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.

e) prohibición de realizar en el futuro las actividades.

f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios fiscales.

g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.

La sanción más frecuente es la multa, si bien también se prevén otro tipo de penas consideradas graves (art. 33.7 CP), como son la disolución, la suspensión de actividades, clausura de locales y establecimientos, prohibición de realización de actividades temporal o definitivamente, inhabilitación para la obtención de subvenciones públicas y ayudas y para gozar de beneficios e incentivos fiscales, y la intervención pública.

Como se ha dicho la multa es la pena común y general para todos los supuestos de responsabilidad penal de la persona jurídica. Las reglas sobre imposición de multas se recogen en los arts. 50.3 y 4 y 52.4 CP, que fijan la cuantía de la cuota diaria entre 30 y 5000 euros y determinan los plazos que rigen en caso de sustitución de las multas proporcionales. Para el resto de sanciones, el art. 66 bis CP establece las reglas generales para la selección y cuantificación de la pena, siendo los criterios: Su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o sus efectos; sus

⁸ GÓMEZ TOMILLO, M., Revista Jurídica de Castilla y León, 25, 2011, p. 68

consecuencias económicas y sociales; y el puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control.

En cuanto a la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias, las mismas no aparecen recogidas en el catálogo del art. 33CP y comparten con la pena solo alguno de sus fines, con lo que no cabe considerarlas “penas”, del mismo modo tampoco deben considerarse “medidas de seguridad”, una vez que éstas se fundamentan en la peligrosidad del sujeto activo que puede volver a delinquir, lo que difícilmente se corresponde con la persona jurídica que por sí misma no puede llevar a cabo el ilícito. Así las consecuencias accesorias tendrían una finalidad disuasoria y preventiva-general respecto de los posibles delincuentes, al amenazarles con privarles de disfrutar o utilizar los instrumentos del delito o al suponer la amenaza de inutilizar los objetos o entidades que puedan utilizar como instrumentos del delito. Y también tienen una finalidad preventivo-especial reforzando la de las penas o en su caso medidas a las que acompañan, al pretender evitar que los sujetos que han delinquido utilicen nuevamente a la persona jurídica para el delito.⁹

La Sentencia del Caso EKIN de 19 de diciembre de 2007, en cuanto a la discusión doctrinal suscitada sobre los presupuestos necesarios para que puedan imponerse las sanciones del art. 129 del CP, refiere que en el supuesto enjuiciado resulta posible la aplicación de dichas medidas, y ello “sobre la base de que las mismas no pueden conceptuarse como *pena*”, ya que ésta tiene inexorablemente como base y límite la culpabilidad del autor, y además se encuentra ausente en el listado de penas establecidas en el art. 33 del texto punitivo» ... «Y si, como vamos desgranando estas medidas no constituyen *penas* por los motivos expresados, dichas medidas aparecen desvinculadas al principio de personalidad, de modo que, si no son penas, las mismas pueden recaer o afectar, de manera más o menos directa, sobre individuos interesados en el mantenimiento de la empresa o negocios, no coincidentes con aquellos que llevan a cabo las actividades delictivas”.¹⁰

⁹ DE LA FUENTE HONRUBIA, F. Las Consecuencias Accesorias como Medidas Cautelares en el Proceso Penal. La Ley Penal, Número 13. 2005, p. 6

¹⁰ DE LA FUENTE HONRUBIA, F. Garantías materiales y procesales en la imposición de sanciones penales a personas jurídicas. Comentario a la Sentencia del Caso EKIN (sentencia de 19 de diciembre de 2007, Sección Tercera de Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional). Diario La Ley, Nº 6888, Sección Doctrina, 21, 2008, pp. 1-2.

VI. ASPECTOS NOVEDOSOS CON LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY ORGÁNICA 1/2015, DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO PENAL

Los criterios de imputación a las personas jurídicas responden a una doble vía: a) la responsabilidad por aquellos delitos cometidos en *nombre o por cuenta* de una persona jurídica y en su *provecho (ahora en su beneficio directo o indirecto)*, por las personas que tienen poder de representación en las mismas, y b) la imputación por aquellas infracciones propiciadas por no haber ejercido la persona jurídica *el debido control* sobre sus empleados (ahora, por haberse incumplido gravemente por aquellos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad), naturalmente con la imprescindible consideración de las circunstancias del caso concreto.

El legislador de 2015 advierte que se ha de poner

"fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial, y se asumen ciertas recomendaciones que en ese sentido habían sido realizadas por algunas organizaciones internacionales".

El sistema responde a los criterios de una responsabilidad criminal *acumulativa*, pues la responsabilidad de las personas jurídicas no excluye la de las personas físicas, ni a la inversa.

El nuevo art. 31 ter, en su apartado e inciso primero, declara que tal responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible "*aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella*". Lo que se encarga de aclarar el apartado siguiente para los casos en que circunstancias personales de la persona física impidan su incriminación, incluso "*el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia*", pues en tal caso no se excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el artículo siguiente (el art. 31 quáter) con respecto a las circunstancias atenuantes de su responsabilidad penal, y que por cierto, la reforma mantiene la mención de que "solo" podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las actividades señaladas en tal precepto, cuando es evidente que no pueden ser "solo" esos comportamientos *ex post facto*, pues otras

atenuantes como las construidas por analogía o la de dilaciones indebidas incuestionablemente podrán concurrir para aminorar su responsabilidad penal.¹¹

El nuevo art. 31 bis, en su apdo. 1, señala que en los supuestos previstos en el Código Penal (es decir, en los delitos que podemos denominar de catálogo), las personas jurídicas serán penalmente responsables en los supuestos que ahora se describen con las letras a) y b), que responden a los diversos fundamentos de ambos títulos de imputación.

En la nueva regulación desaparecen los administradores de hecho, pues en la aun vigente regulación se refería a los "*administradores de hecho o de derecho*" de tales personas jurídicas. Así pues, ya no será para empeñar la responsabilidad penal de la persona jurídica el simple "*interés*" de la acción desplegada por el sujeto que actúa –por cuenta de– la persona jurídica, si carece de cualquier representación o poder de actuación de la expresada corporación. Por tanto no cabrá con la nueva regulación exigir responsabilidad a la persona jurídica por la actuación que lleve a cabo una persona que carezca de poderes de administración o dirección, salvo que tal persona jurídica, a través de sus representantes legales, de alguna manera, haya ratificado tal actuación individual, aun de forma tácita.

La *patente desviación* en el funcionamiento de la representación por parte del administrador (de derecho) de la corporación lleva aparejada la irresponsabilidad de la empresa o entidad jurídica para derivarla exclusivamente en tal administrador, para no penalizar por tal decisión a toda la persona jurídica que no debe ser responsable de notorias desviaciones en la representación de la compañía.¹²

1. El primer título de imputación

En la regulación operada con la LO 1/2015 respecto a la actuación del directivo o representante de la persona jurídica, aunque no se refiera directamente a un defecto de control como fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica, lo cierto es que el apdo. 2 del art. 31 bis introduce tal control, pues en realidad si se han adoptado y ejecutado con eficacia modelos de prevención o de seguridad, la persona jurídica, aun cuando estemos hablando del primer título de imputación, esto es el de la letra a) del

¹¹ SÁNCHEZ MELGAR, J. Los títulos de imputación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma penal de 2015 Magistrado de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Artículo Monográfico. 2015, p. 3.

¹² SÁNCHEZ MELGAR, *loc. cit.*, p. 4.

apartado anterior, quedará exenta de responsabilidad si se cumplen una serie de condiciones, que son en realidad los requisitos de tal modelo de seguridad. Ello lleva a concluir que si no se precisaran la adopción y exigencia de controles, no tendría sentido la exención de responsabilidad penal por la implantación de sistemas de prevención.

La empresa, en orden a la exoneración de responsabilidad, deberá tener un modelo de organización y gestión adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión, y el Código Penal se refiere a la adopción y ejecución eficaz del mismo, debe por tanto debe implantarse un modelo de seguridad-prevención que incluirá medidas de vigilancia y control que prevengan la comisión delictiva (art. 31 bis,5 CP), que estarán dirigidos por un responsable con funciones de vigilancia, asesoramiento, advertencia y evaluación de los riesgos legales de gestión. El modelo de prevención deberá ejecutarse con *eficacia*, deberá probarse que se ha puesto en práctica aunque el delito finalmente se haya cometido, por tanto la eficacia no se predica de sus resultados sino de su funcionamiento.

La adopción del modelo, mediante la aprobación e implantación por el órgano de administración de la persona jurídica, se realizará con anterioridad a la comisión del delito. La implantación posterior nunca puede fundamentar una exención de responsabilidad penal, sino una minoración de la misma.

En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, estas funciones de supervisión podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración (El apdo. 3 del art. 31 bis CP).

Ahora por tanto, deberá distinguir entre la responsabilidad de quien actúa (que afecta al delito cometido por la persona física) y el control ejercido sobre el mismo por parte de la persona jurídica (que afecta al fundamento de la responsabilidad penal de esta).

2. El segundo título de imputación

La letra b) del apdo. 1 del art. 31 bis establece:

“De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquellos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso”.

Con la aún actual regulación se incriminaba a las personas jurídicas, como igualmente responsables en vía penal, por los delitos cometidos en el ejercicio de actividades sociales, por cuenta y en provecho de tales personas jurídicas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de los representantes o directivos de las mismas hubieran podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellas el debido control, atendidas las concretas circunstancias del caso.

La diferencia de esta regulación con la próximamente venidera debe encontrarse en el incumplimiento grave (que ahora se exige) de los deberes de control, ahora llamados deberes de supervisión, vigilancia y control de la actuación del empleado. Por tanto si se acredita que no se han infringido los deberes de control, o que se ha infringido levemente, no se considerará la existencia de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Lo que no implica que desapareciera junto con la responsabilidad penal, la responsabilidad civil subsidiaria de la persona jurídica fundamentada en la culpa in vigilando, vía art. 120.4.º del Código Penal, procurando así la debida protección de las víctimas en materia de responsabilidad civil.

La LO 1/2015 amplía el contenido de los delitos cometidos en provecho de las personas jurídicas, a que lo sean *en su beneficio directo o indirecto*, abarcando los casos en que redunde conjuntamente en beneficio del infractor e indirectamente también de la persona jurídica. No obstante el legislador advierte de que la responsabilidad por las infracciones propiciadas por no haber ejercido la persona jurídica *el debido control* sobre sus empleados debe hacerse con la imprescindible consideración de las circunstancias del *caso concreto*, debiendo ser rigurosos para la determinación del concreto aprovechamiento.

* * * * *

Prof. Marta Escudero Muñoz

Abogada Fiscal Sustituta adscrita a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.
Prof. Asociada de la Univ. Carlos III de Madrid. Socia de la FICP.

~La responsabilidad civil del Estado derivada de delitos de terrorismo con la nueva Ley de Víctimas~

Resumen.- Se trata de estudiar la legislación existente en España sobre las víctimas en general y mas concretamente las víctimas derivadas de delitos terroristas, comenzando por las previsiones comunitarias que el Estado Español ha tenido que trasponer y que han desembocado en el actual Estatuto de las Víctimas, el cual unifica el concepto de víctima para todas aquellas que lo hayan sido como consecuencia de un ilícito penal, incluyendo las víctimas de delitos terroristas que antes habían tenido una regulación legal especial y separada. Finalmente analizaré el nuevo abanico de Derechos de las víctimas, la responsabilidad el Estado como garante de su efectividad y las modificaciones legislativas introducidas en los textos legales para su adaptación al nuevo Estatuto

Palabras clave: Víctima. Delito terrorista. Legislación española y europea. Garantías. Responsabilidad del Estado. Estatuto. Derechos de las víctimas. Información. Participación.

I. CONCEPTO GENERAL DE VÍCTIMAS DE DELITOS. VICTIMAS DE DELITOS TERRORISTAS

Según la Asamblea de Naciones Unidas (1985) se puede definir a las víctimas de delitos como aquellas personas que individual o colectivamente, han sufrido un perjuicio (lesión física o mental, sufrimiento emocional, pérdida o daño material o menoscabo importante de sus derechos), especialmente un ataque grave a sus derechos fundamentales, en razón de acciones u omisiones que infringen las leyes penales en vigor en un Estado miembro, abarcando también aquellas que prohíben los abusos criminales de poder¹.

El Diccionario María Moliner de la lengua define “víctima” como: “1.- Persona o animal que se sacrifica a los dioses. 2.- Persona o animal que sufre daño o resulta perjudicado por cualquier acción o suceso (...)”.

¹ Resolución 40/43 de 29 de noviembre de 1985: “Se entenderá por "víctimas" las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribiera el abuso de poder. 2. Podrá considerarse "víctima" a una persona, con arreglo a la presente Declaración, independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación familiar entre el perpetrador y la víctima. En la expresión "víctima" se incluye además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización. 3. Las disposiciones de la presente Declaración serán aplicables a todas las personas sin distinción alguna, ya sea de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, nacionalidad, opinión política o de otra índole, creencias o prácticas culturales, situación económica, nacimiento o situación familiar, origen étnico o social, o impedimento físico”.

En relación a las víctimas de derivadas de delitos terroristas, podemos dar una definición desde el plano jurídico, es decir, el que deriva de las normas de reconocimiento a las víctimas del terrorismo o de las sentencias penales condenatorias de los terroristas (o de otras resoluciones judiciales), respectivamente.

Para DORADO PORRAS, víctima del terrorismo, se corresponde con quien es identificado como tal por una u otra vía. Asesinados, secuestrados, heridos (físicos y/o psíquicos) o supervivientes de actos calificados jurídicamente como terroristas suelen tener, en distinto grado (la noción de daño aquí es decisiva) este reconocimiento y en el caso de los fallecidos también sus familiares más próximos (herederos unas veces, personas designadas nominalmente otras) en tanto que destinatarios de las indemnizaciones, prestaciones o ayudas en concepto de compensación².

La víctima en general es definida en el artículo 2.1.a de la Directiva 2012/29/UE como “la persona física que haya sufrido un daño o perjuicio, en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico, directamente causado por una infracción penal”. Se trata de un concepto jurídico amplio de víctima, que engloba tanto al sujeto pasivo del delito como al perjudicado, coincida o no con aquél.

En el Proyecto de Estatuto de las Víctimas aprobado recientemente el 25 de marzo de 2015 se considera víctima a toda persona que sufra un perjuicio físico, moral o económico a consecuencia de un delito, y también a sus familiares. El objetivo es dar una respuesta jurídica y sobre todo social a través de un trato individualizado a todas las víctimas, que serán evaluadas para atender las circunstancias de su caso. Me referiré más ampliamente al nuevo Estatuto en el último epígrafe del presente capítulo.

En la Declaración de Principios de la Asamblea General de Naciones Unidas, ya se hacía un estudio sobre el acceso a la justicia y trato justo, resarcimiento a las víctimas, indemnización, asistencia y víctimas de abuso de poder, y así, se establecía que

“las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional. Se establecerá y reforzarán, cuando sea necesario, mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles. Se informará a las víctimas de sus derechos para obtener reparación mediante esos mecanismos. Se

² DORADO PORRAS, J., Terrorismo, Justicia transnacional y Grupos vulnerables, , Madrid, 2014,p. 16.

facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas³”.

Y disponía que “los Estados revisarán periódicamente la legislación y la práctica vigentes para asegurar su adaptación a las circunstancias cambiantes, promulgarán y aplicarán, en su caso, leyes por las cuales se prohíban los actos que constituyan graves abusos de poder político o económico y se fomenten medidas y mecanismos para prevenir esos actos, y establecerán derechos y recursos adecuados para las víctimas de tales actos, facilitándoles su ejercicio”.

España, ha venido adaptando su legislación, en especial en relación con los derivados de delitos terroristas, pero no es hasta su reciente regulación del Estatuto de las víctimas en 2015, cuando podemos afirmar que se han cumplido las perspectivas de protección a las víctimas. Sin embargo, desde la Asociación de Víctimas de Terrorismo (AVT) que agrupa al 80% de las víctimas de terrorismo, rechazan que con un Estatuto Integral se equipara a una víctima buscada de la que es fruto de un azar. En esta consideración, según los representantes de las víctimas, se deja de lado que a quien se ha pretendido dañar en los atentados no es a la persona en sí, aunque ese sea el fin último, sino al Estado en su conjunto⁴.

II. LAS GARANTÍAS DE LAS VÍCTIMAS EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Las garantías de las víctimas, se refieren, a un conjunto de derechos que afectan no solo a la parte acusada, sino también a la víctima como parte en el proceso penal desde el siglo XXI —como queda de manifiesto con la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las Víctimas de delitos y por la que es sustituida la Decisión Marco 2001/220/AI del consejo y que son el origen del nuevo Estatuto de las víctimas.

³ Informando a las víctimas de su papel y del alcance, el desarrollo cronológico y la marcha de las actuaciones, así como de la decisión de sus causas, especialmente cuando se trate de delitos graves y cuando hayan solicitado esa información; Permitiendo que las opiniones y preocupaciones de las víctimas sean presentadas y examinadas en etapas apropiadas de las actuaciones siempre que estén en juego sus intereses, sin perjuicio del acusado y de acuerdo con el sistema nacional de justicia penal correspondiente; Prestando asistencia apropiada a las víctimas durante todo el proceso judicial; Adoptando medidas para minimizar las molestias causadas a las víctimas, proteger su intimidad, en caso necesario, y garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos en su favor, contra todo acto de intimidación y represalia; Evitando demoras innecesarias en la resolución de las causas y en la ejecución de los mandamientos o decretos que concedan indemnizaciones a las víctimas.

⁴ <http://www.gaceta.es/noticias/victimas-terrorismo-estatuto-gobierno-22092014-2041>.

Hasta la aprobación de la Ley 35/1995 de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y Contra la Libertad Sexual, el estado únicamente asumió el resarcimiento económico de los daños causados por actos terroristas.

La presencia en nuestra Nación de algunos grupos terroristas de conocida trayectoria, pero de difícil erradicación⁵, llevó a uno de los primeros gobiernos democráticos- bajo la presidencia de D. Adolfo Suárez- a asumir la reparación de los daños personales causados por el terrorismo.

Dicha compensación se reguló por primera vez en el R. D. L. de 26 de enero de 1979, de Protección de la Seguridad Ciudadana, cuyo artículo 7 declaró indemnizables los daños sufridos a consecuencia del fenómeno terrorista, precepto que fue desarrollado por el RD 484/1982, de 5 de marzo, el cual vino así a integrar en el Presupuesto del Estado las ayudas a las víctimas, si bien se limitó a la indemnización a los perjuicios derivados de los daños corporales causados por estas infracciones⁶. Esta normativa declara por primera vez responsable al Estado, de forma total y absolutamente objetiva (esto es, haya o no negligencia o descuido de los servicios públicos de Seguridad del Estado)⁷.

Según BRUGOS LADRÓN DE GUEVARA⁸, las garantías constitucionales del Sistema Procesal Español, encuentran efectividad dentro de la tabla de garantías que la reforma del proceso penal español inicio en julio de 2011 y diciembre de 2013, juntamente con el Proyecto de Estatuto de la víctima del delito de 1 de agosto de 2014, al ser las víctimas sujetos de derechos en la Unión Europea.

⁵LASARTE, C., Principios de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones, Marcial Pons, 2007, pp. 378 a 381.

⁶PÉREZ, F. P., Los Derechos de las víctimas y su conquista, Bilbao, Asociación para la defensa de la Dignidad Humana, 2003, p.4: “El reglamento de 1982 reguló los resarcimientos a las víctimas del terrorismo, limitándolos a los casos de fallecimientos, lesiones corporales, remitiendo para su determinación concreta a las normas previstas para supuestos análogos en la Seguridad Social. Esto llevó a que el importe de las ayudas se hiciera depender de los haberes reguladores personales de las víctimas y, por tanto, quedarán en estrecha dependencia de su nivel de renta. Si se consideraba elevado a tenor de los índices establecidos al efecto, entonces estas no tenían derecho a indemnización”.

⁶ALVAREZ- GÁLVEZ, J./DÍAZ VALCÁRCEL, R., Acerca de la responsabilidad Patrimonial del Estado en los daños causados por el terrorismo, en L. L., 1895-3, pp. 921 y ss

⁷LASARTE, C., Principios de Derecho Civil II, 2007, p.381.

⁸BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J., La tabla de garantías de la víctima en el proyecto de reforma del proceso penal español, en Diario La Ley, Nº 8518, Sección Tribuna, 14 de Abril de 2015, Ref. D-145, Editorial LA LEY.

Las víctimas derivadas de delitos terroristas, encontraron su protección, como hemos dicho, en la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo, desarrollado en el Reglamento de la Ley de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo de 6 de septiembre de 2013. En el Preámbulo de la ley se establecían los objetivos de la Ley, aludiendo a que la sociedad española, a través de sus legítimos representantes en el Congreso de los Diputados y en el Senado, rinde homenaje a las víctimas del terrorismo y expresa su compromiso permanente con todas las personas que lo han sufrido o que lo pudieran sufrir en el futuro, en cualquiera de sus formas. Esta Ley era, un signo de reconocimiento y de respeto, pero también de solidaridad debida. El apoyo integral que persigue representa el esfuerzo compartido de reparación que las víctimas y sus familias merecen, inspirado por los principios de memoria, dignidad, justicia y verdad. Sin embargo, dicha Ley fue criticada por las Asociaciones de víctimas del terrorismo, que reclamaban más amplios derechos y sobre todo una mayor intervención desde dentro del proceso⁹. Se hacía necesaria una regulación más amplia y eficaz que ha venía exigiendo el Derecho comunitario.

1. Precedentes

Como antecedentes recientes debemos mencionar el Anteproyecto de Ley del Estatuto de la Víctima del delito de 25 de octubre de 2013— antecedente del Proyecto actual— moldeaba tres Directivas comunitarias:

- La Directiva 2012/29/UE sobre los derechos de las víctimas de los delitos.
- La Directiva 2010/64/UE sobre el derecho a la interpretación y traducción en los procesos penales,
- La Directiva 2012/13/UE sobre el derecho a la información en los procesos penales.

⁹ http://politica.elpais.com/politica/2013/09/27/actualidad/1380280362_570584.html. Para las Asociaciones de Víctimas del Terrorismo el Reglamento deja sin desarrollar aspectos tan importantes como las actuaciones inmediatas tras un atentado terrorista. Tampoco desarrolla las acciones de protección y defensa a la dignidad de las víctimas. Y restringe prestaciones que ya estaban consolidadas a favor del colectivo, omitiéndose el desarrollo de importantes derechos consagrados en la Ley integral.

El plazo general para que los Estados miembros adapten sus legislaciones al sentido de las disposiciones finaliza el 16 de noviembre de 2015¹⁰.

2. El Estatuto de las Víctimas

Conforme los mandatos europeos anteriores, se hacía necesario transponer al derecho interno, no sólo las cuestiones que traslucía el informe de la Comisión de 2009 respecto al grado de transposición de la Decisión Marco 2001/220/JAI, sino también las cuestiones pendientes de transponer con arreglo a las Directivas especiales y los nuevos derechos y exigencias que recoge la nueva Directiva de 2012 y que dio de plazo a España hasta el 16 de noviembre de 2015 para realizar la trasposición. Para ello al Anteproyecto le siguió el Proyecto de Víctimas y finalmente fue aprobado el Estatutos de las Víctimas el 25 de marzo de 2015 publicándose el 31 de marzo de 2015.

a) *El Anteproyecto de Estatuto de las Víctimas de 25 de octubre de 2013*

El Consejo de Ministros, a propuesta del ministro de Justicia, Alberto Ruiz Gallardón, aprobó el día 25 de octubre de 2013 el Anteproyecto de Ley Orgánica extraprocesales de todas las víctimas de delitos, con la principal novedad de que dispondrán de ellos tanto si están personadas en una causa penal como si no. Ello sin perjuicio del régimen particular que para las víctimas de terrorismo o las de violencia de género establezca su normativa especial.

Según la Nota de Prensa del Ministerio de Justicia¹¹, la ley pretende ofrecer a las víctimas y a sus familiares desde los poderes públicos una respuesta lo más amplia posible, no sólo jurídica sino también social, a todos los problemas que se les puedan plantear con independencia de la naturaleza del perjuicio físico, moral o material que sufrieron y a si están personados en un proceso judicial único.

Para ello es fundamental ofrecer a la víctima directa, y también a la indirecta (sus familiares en caso de que fallezca o desaparezca) las máximas facilidades para el ejercicio y tutela de sus derechos. Eso se conseguirá reduciendo los trámites innecesarios que supongan una segunda victimización (por ejemplo, eliminando declaraciones que puedan ser prescindibles y que pueden producirle algún trauma) y

¹⁰ N. PÉREZ RIVAS Los derechos de las víctimas en la Unión Europea. Análisis de la Directiva 2012/29/UE, en Revista USC, Santiago de Compostela, 2014, mantiene que “No obstante, no será hasta el 16 de noviembre de 2017 –fecha límite para que los Estados miembro faciliten a la Comisión información sobre las medidas adoptadas por los Estados miembros para ajustarse a dicha Directiva- cuando podamos evaluar sí, efectivamente, su aprobación ha contribuido a reforzar los derechos de las víctimas en la Unión Europea”.

¹¹ www.mjusticia.gob.es

otorgándole información y orientación sobre los derechos y servicios que le corresponden.

Para hacer efectivas estas actuaciones, siempre orientadas a la persona, lo que exige una evaluación y un trato individualizado de toda víctima, es imprescindible la máxima colaboración entre las distintas Administraciones Públicas, el Poder Judicial, los colectivos de víctimas, los profesionales que las de protocolos de actuación y la promoción de oficinas especializadas.

Según la Nota de Prensa del Ministerio de Justicia, el nuevo Estatuto atribuye una serie de derechos a las víctimas como mas novedosos estén o no personadas en el proceso penal.

1) Derecho a la información comprensible

Todas las víctimas tendrán derecho a que se le proporcione información en un lenguaje comprensible sobre cómo interponer una denuncia, los servicios asistenciales de los que dispone y cómo puede acceder a medidas de protección y a asesoramiento legal, así como a la traducción de las resoluciones que se produzcan.

En los casos de grandes catástrofes, los abogados y procuradores no podrán dirigirse a las víctimas para ofrecerles sus servicios profesionales hasta que no haya transcurrido un mes desde el suceso. Esta prohibición quedará sin efecto en el caso de que la prestación de estos servicios profesionales haya sido solicitada expresamente por la víctima.

Se reconoce el derecho de la víctima a estar acompañada y a ser informada sobre la causa abierta por el delito que sufrió aunque no esté personada. Se le informará de cuándo se celebrará el juicio, se le notificarán las sentencias y los sobreseimientos, así como la adopción de medidas cautelares y de libertad del encausado, siempre y cuando lo solicite previamente y exista una situación de peligro.

2) Derecho a la traducción de la información

También tendrá derecho a la traducción e interpretación gratuita de la información necesaria para ejercer sus derechos y de los actos en los que participe. Además, accederá a los servicios especiales de asistencia a las víctimas cuando sea necesario (considerada especialmente vulnerable o por delitos violentos).

3) *Derecho a participar en el proceso penal*

Es en el capítulo dedicado a los derechos de las víctimas en la participación del proceso penal donde aparecen las novedades más relevantes.

Podrán recurrir los sobreseimientos¹² en los veinte días siguientes. Este plazo es muy superior al actualmente establecido de tres, que suponía que en la práctica se dificultaran extraordinariamente estas impugnaciones porque era prácticamente imposible personarse e interponer el recurso en tan poco tiempo. El Estatuto garantiza la posibilidad de recurrir también a aquellos que no se hayan personado anteriormente en el proceso.

Igualmente, en los casos de víctimas de delitos de homicidio, de terrorismo, lesiones, tortura y contra la integridad moral, robo cometido con violencia, contra la libertad y la integridad sexual o los cometidos dentro de una organización criminal, y siempre y cuando las penas de prisión sean superiores a cinco años, podrán recurrir la libertad condicional del penado y, además, las resoluciones por las que el juez autorice la posible clasificación del tercer grado antes del cumplimiento de la mitad de la condena.

Se reconoce expresamente la legitimación de la víctima para dirigirse al tribunal y solicitar que imponga al liberado condicional las medidas de control necesarias para garantizar su seguridad.

Asimismo podrán ejercer la acusación y la acción civil; tener la posibilidad de que se regule el sistema de reembolso de gastos; que la restitución de bienes sea efectiva y rápida y que se pueda recurrir a los servicios de justicia reparadora.

Este tipo de mediación sólo será posible si la víctima consiente y el infractor realiza reconocimiento previo de los hechos y de su responsabilidad. Sus conversaciones serán confidenciales.

A las víctimas residentes en otros países de la Unión Europea, se les facilitará que puedan prestar declaración inmediatamente y se recurrirá en lo posible a sistemas de videoconferencia en sus intervenciones posteriores.

¹² Es una de las principales reivindicaciones de las asociaciones de víctimas.

4) *Evitar una segunda victimización*

El Estatuto desarrolla también el régimen de las medidas de protección de las víctimas con la intención de evitar su victimización secundaria.

Así se evitará el contacto entre las víctimas y sus familiares y los infractores y se tratará de evitar los efectos traumáticos de los interrogatorios, mediante, entre otras medidas, la reducción de su número.

También se protegerá la intimidad de las víctimas, a través de una especial reserva en todo lo relativo a sus datos de carácter personal y su imagen que no podrán ser divulgados por los medios de comunicación.

Estas medidas de protección se extremarán para las víctimas especialmente vulnerables, para las que se prevé un régimen asistencial y jurídico que va más allá del régimen general, basado en el trato individualizado. Son aquellas que, por sus circunstancias especiales y por la gravedad y naturaleza del delito del que hayan sido objeto (de naturaleza violenta), requieran tal consideración. Se valorará especialmente la inclusión de menores, personas con discapacidad, víctimas de delitos sexuales, víctimas de trata de seres humanos, terrorismo, violencia sobre la mujer y grandes siniestros con víctimas múltiples.

En el caso de los menores, se establecen unas medidas muy concretas para evitar un mayor sufrimiento. Sus declaraciones, por ejemplo, podrán ser grabadas para después ser reproducidas durante el juicio. Igualmente, el menor podrá tener un representante legal cuando exista una situación de conflicto de intereses con los progenitores o representantes legales y se tomarán decisiones urgentes sobre la guarda y custodia.

El anteproyecto ha permitido, además, la transposición de cinco Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo que se dividen en dos grupos.

Por un lado está la que establece normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos; la relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, así como la que lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil.

Las otras directivas inciden directamente en los procedimientos judiciales. Son la relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales y la referida al derecho a la información en estos mismos procedimientos.

b) *El Proyecto de Estatuto de las Víctimas de 5 de septiembre de 2014*

El presente texto legislativo responde, no sólo a la exigencia de mínimos que fija el legislador europeo con el texto finalmente aprobado en la citada Directiva 2012/29/UE, sino que trata de ser más ambicioso, trasladando al mismo las demandas y necesidades de la sociedad española, en aras a completar el diseño del Estado de Derecho, centrado casi siempre en las garantías procesales y los derechos del imputado, acusado, procesado o condenado.

Siguiendo la Exposición de Motivos del Proyecto, se mantiene que el Estatuto debe ser el catálogo general de los derechos, procesales y extraprocesales, de todas las víctimas de delitos, no obstante las remisiones a normativa especial en materia de víctimas con especiales necesidades o con especial vulnerabilidad.

En relación al concepto de víctima, parte de un concepto amplio de víctima, por cualquier delito y cualquiera que sea la naturaleza del perjuicio físico, moral o material que se le haya irrogado. Comprende a la víctima directa, pero también a víctimas indirectas, como familiares o asimilados.

En cuanto al ámbito de protección, considera que, la protección y el apoyo a la víctima no es sólo procesal, ni depende de su posición en un proceso, sino que cobra una dimensión extraprocesal¹³. Se funda en un concepto amplio de reconocimiento, protección y apoyo, en aras a la salvaguarda integral de la víctima. Para ello, es fundamental ofrecer a la víctima las máximas facilidades para el ejercicio y tutela de sus derechos, con la minoración de trámites innecesarios que supongan la segunda victimización, otorgarle una información y orientación eficaz de los derechos y servicios que le corresponden, la derivación por la autoridad competente, un trato humano y la posibilidad de hacerse acompañar por la persona que designe en todos sus trámites, no obstante la representación procesal que proceda, entre otras medidas.

¹³Se funda en un concepto amplio de reconocimiento, protección y apoyo, en aras a la salvaguarda integral de la víctima. Para ello, es fundamental ofrecer a la víctima las máximas facilidades para el ejercicio y tutela de sus derechos, con la minoración de trámites innecesarios que supongan la segunda victimización, otorgarle una información y orientación eficaz de los derechos y servicios que le corresponden, la derivación por la autoridad competente, un trato humano y la posibilidad de hacerse acompañar por la persona que designe en todos sus trámites, no obstante la representación procesal que proceda, entre otras medidas.

Las actuaciones han de estar siempre orientadas a la persona, lo que exige una evaluación y un trato individualizado de toda víctima, sin perjuicio del trato especializado que exigen ciertos tipos de víctimas.

El reconocimiento, protección y apoyo a la víctima no se limita a los aspectos materiales y a la reparación económica, sino que también se extiende a su dimensión moral y se otorga atendiendo, a su vez, a las especialidades de las víctimas que no residen en nuestro país habitualmente, para lo que pide la máxima colaboración del Estado como garante de las víctimas.

No obstante la vocación unificadora del Estatuto y las remisiones a la normativa especial de ciertos colectivos de víctimas, que verían ampliada su asistencia y protección con el catálogo general de derechos de la víctima, y advertida la ausencia de una regulación específica para ciertos colectivos de víctimas con especial vulnerabilidad, se pretende otorgarles una protección especial en este texto mediante la transposición de otras dos Directivas recientes: la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, así como la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo.

En cuanto al contenido y estructura de la Ley, se inicia mediante un Título Preliminar, dedicado a las disposiciones generales, que viene a establecer un concepto de víctima omnicompreensivo, por cuanto se extiende a toda persona que sufra un perjuicio físico, moral o económico como consecuencia de un delito.

También se reconoce la condición de víctima indirecta al cónyuge o persona vinculada a la víctima por una análoga relación de afectividad, sus hijos y progenitores, parientes directos y personas a cargo de la víctima directa por muerte o desaparición ocasionada por el delito, así como a los titulares de la patria potestad o tutela en relación a la desaparición forzada de las personas a su cargo, cuando ello determine un peligro relevante de victimización secundaria.

Los derechos que recoge la Ley serán de aplicación a todas las víctimas de delitos ocurridos en España o que puedan ser perseguidos en España, con independencia de la nacionalidad de la víctima o de si disfrutan o no de residencia legal.

Así, el título preliminar recoge un catálogo general de derechos comunes a todas las víctimas, que se va desarrollando posteriormente a lo largo del articulado y que se refiere, tanto a los servicios de apoyo, como a los de justicia reparadora que se establezcan legalmente, y a las actuaciones a lo largo del proceso penal en todas sus fases —incluidas las primeras diligencias y la ejecución—, con independencia del resultado del proceso penal. En ese catálogo general, se recogen, entre otros, el derecho a la información, a la protección y al apoyo en todo caso, el derecho a participar activamente en el proceso penal, el derecho al reconocimiento como tal víctima y el derecho a un trato respetuoso, profesional, individualizado y no discriminatorio.

El título I reconoce una serie de derechos extraprocesales, también comunes a todas las víctimas, con independencia de que sean parte en un proceso penal o hayan decidido o no ejercer algún tipo de acción, e incluso con anterioridad a la iniciación del proceso penal.

Resulta una novedad (pues no se recogía en el derecho europeo) que toda víctima, en aras a facilitar que se encuentre arropada desde el punto de vista personal, pueda hacerse acompañar por la persona que designe, sin perjuicio de la intervención de Abogado cuando proceda, en sus diligencias y trato con las autoridades.

En este título se regula el derecho a obtener información de toda autoridad o funcionario al que se acuda, con lenguaje sencillo y accesible, desde el primer contacto. Esa información, que deberá ser detallada y sucesivamente actualizada, debe orientar e informar sobre los derechos que asisten a la víctima en cuestiones tales como: medidas de apoyo disponibles; modo de ejercicio de su derecho a denunciar; modo y condiciones de protección, del asesoramiento jurídico y de la defensa jurídica; indemnizaciones, interpretación y traducción; medidas de efectividad de sus intereses si residen en distinto país de la Unión Europea; procedimiento de denuncia por inactividad de la autoridad competente; datos de contacto para comunicaciones; servicios disponibles de justicia reparadora; y el modo de reembolso de gastos judiciales.

Se regula específicamente el derecho de la víctima como denunciante y, en particular, su derecho a un resguardo de los elementos esenciales de la denuncia, asistencia lingüística gratuita a la víctima que desee interponer denuncia y traducción gratuita del resguardo de interposición de denuncia.

Asimismo, con independencia de personarse en el proceso penal, se reconoce el derecho de la víctima a recibir información sobre ciertos hitos de la causa penal.

Se desarrolla, de acuerdo con la normativa europea, el derecho a la traducción e interpretación, tanto en las entrevistas, incluidas las policiales, como en la participación activa en vistas, e incluye el derecho a la traducción escrita y gratuita de la información esencial, en particular la decisión de poner término a la causa y la designación de lugar y hora del juicio.

Se regula el acceso a los servicios de apoyo, que comprende la acogida inicial, orientación e información y medidas concretas de protección, sin perjuicio de apoyos específicos para cada víctima, según aconseje su evaluación individual y para ciertas categorías de víctimas de especial vulnerabilidad.

Igualmente se busca visibilizar como víctimas a los menores que se encuentran en un entorno de violencia de género o violencia doméstica, para garantizarles el acceso a los servicios de asistencia y apoyo, así como la adopción de medidas de protección, con el objetivo de facilitar su recuperación integral.

El título II sistematiza los derechos de la víctima en cuanto a su participación en el proceso penal, como algo independiente de las medidas de protección de la víctima en el proceso, que son objeto del título III.

Se reconoce a la víctima el derecho a participar en el proceso, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y se refuerza la efectividad material del mismo a través de diversas medidas: por un lado, la notificación de las resoluciones de sobreseimiento y archivo y el reconocimiento del derecho a impugnarlas dentro de un plazo de tiempo suficiente a partir de la comunicación, con independencia de que se haya constituido anteriormente o no como parte en el proceso; por otro lado, el reconocimiento del derecho a obtener el pago de las costas que se le hubieran causado, con preferencia al derecho del Estado a ser indemnizado por los gastos hechos en la causa, cuando el delito hubiera sido finalmente perseguido únicamente a su instancia o el sobreseimiento de la misma hubiera sido revocado por la estimación del recurso interpuesto por ella.

El Estado, dice la Exposición de Motivos, como es propio de cualquier modelo liberal, conserva el monopolio absoluto sobre la ejecución de las penas, lo que no es incompatible con que se faciliten a la víctima ciertos cauces de participación que les

permitan impugnar ante los Tribunales determinadas resoluciones que afecten al régimen de cumplimiento de condena de delitos de carácter especialmente grave, facilitar información que pueda ser relevante para que los Jueces y Tribunales resuelvan sobre la ejecución de la pena, responsabilidades civiles o comiso ya acordados, y solicitar la adopción de medidas de control con relación a liberados condicionales que hubieran sido condenados por hechos de los que pueda derivarse razonablemente una situación de peligro para la víctima.

La regulación de la intervención de la víctima en la fase de ejecución de la pena, cuando se trata del cumplimiento de condenas por delitos especialmente graves, garantiza la confianza y colaboración de las víctimas con la justicia penal, así como la observancia del principio de legalidad, dado que la decisión corresponde siempre a la autoridad judicial, por lo que no se ve afectada la reinserción del penado.

Asimismo, se facilita a la víctima el ejercicio de sus derechos, permitiendo la presentación de solicitudes de justicia gratuita ante la autoridad o funcionario encargado de informarle de sus derechos, evitándose de este modo el peregrinaje por diversas oficinas; y se regula el procedimiento aplicable en los casos de presentación en España de denuncia por hechos delictivos cometidos en otros países de la Unión Europea, así como la comunicación a la víctima de su remisión, en su caso, a las autoridades competentes.

El Estatuto reconoce también el derecho de la víctima a obtener la devolución inmediata de los efectos de su propiedad, salvo en los supuestos excepcionales en los que el efecto en cuestión, temporalmente o de forma definitiva, tuviera que permanecer bajo la custodia de las autoridades para garantizar el correcto desarrollo del proceso.

Finalmente, se incluye una referencia a la posible actuación de los servicios de justicia restaurativa. En este punto, el Estatuto supera las referencias tradicionales a la mediación entre víctima e infractor y subraya la desigualdad moral que existe entre ambos. Por ello, la actuación de estos servicios se concibe orientada a la reparación material y moral de la víctima, y tiene como presupuesto el consentimiento libre e informado de la víctima y el previo reconocimiento de los hechos esenciales por parte del autor. En todo caso, la posible actuación de los servicios de justicia restaurativa quedará excluida cuando ello pueda conllevar algún riesgo para la seguridad de la víctima o pueda ser causa de cualquier otro perjuicio.

En el título III se abordan cuestiones relativas a la protección y reconocimiento de las víctimas, así como las medidas de protección específicas para cierto tipo de víctimas¹⁴.

Para evitar la victimización secundaria en particular, se trata de obtener la declaración de la víctima sin demora tras la denuncia, reducir el número de declaraciones y reconocimientos médicos al mínimo necesario, y garantizar a la víctima su derecho a hacerse acompañar, no ya solo del representante procesal, sino de otra persona de su elección, salvo resolución motivada.

La adopción de medidas y el acceso a ciertos servicios vienen precedidos de una evaluación individualizada de la víctima, para determinar sus necesidades de protección específica y de eventuales medidas especiales. Dichas medidas han de actualizarse con arreglo al transcurso del proceso y a las circunstancias sobrevenidas.

Las medidas de protección específica se adoptan atendiendo al carácter de la persona, al delito y sus circunstancias, a la entidad del daño y su gravedad o a la vulnerabilidad de la víctima. Así, junto a las remisiones a la vigente normativa especial en la materia, se incluyen aquellas medidas concretas de protección para colectivos que carecen de legislación especial y, particularmente, las de menores de edad víctimas de abuso, explotación o pornografía infantil, víctimas de trata de seres humanos, personas con discapacidad y otros colectivos, como los delitos con pluralidad de afectados y los de efecto catastrófico.

El título IV, finalmente, recoge una serie de disposiciones comunes, como son las relativas a la organización y funcionamiento de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas de delito, el fomento de la formación de operadores jurídicos y del personal al servicio de la Administración de Justicia en el trato a las víctimas, la sensibilización y concienciación mediante campañas de información, la investigación y educación en materia de apoyo, protección y solidaridad con las víctimas, la cooperación con la sociedad civil y en el ámbito internacional, así como el fomento de la autorregulación

¹⁴ Las medidas de protección buscan la efectividad frente a represalias, intimidación, victimización secundaria, daños psíquicos o agresiones a la dignidad durante los interrogatorios y testificando, e incluyen desde las medidas de protección física hasta otras, como el uso de salas separadas en los Tribunales, para evitar contacto de la víctima con el infractor y cualesquiera otras, bajo discrecionalidad judicial, que exijan las circunstancias.

por los medios de comunicación del tratamiento de informaciones que afecten a la dignidad de las víctimas¹⁵.

Se regula por último la obligación de reembolso en el caso de las víctimas fraudulentas, condenadas por simulación de delito, denuncia o querrela falsa, así como en caso de sentencia absolutoria o archivo de la causa penal por inexistencia de los hechos, que hayan ocasionado gastos a la Administración por su reconocimiento, información, protección y apoyo, así como por los servicios prestados, sin perjuicio de las demás responsabilidades, civiles o penales, que en su caso procedan¹⁶.

c) Aprobación por el Senado el 25 de marzo de 2015

El Pleno del Senado aprobó el día 25 de marzo de 2015 el Estatuto de la Víctima, una nueva norma destinada a proteger y dotar de derechos a los afectados por delitos tan dispares como el terrorismo o los malos tratos y que ampara también a los familiares de fallecidos en catástrofes¹⁷.

El Estatuto no ha incluido ninguna de las 115 enmiendas¹⁸ presentadas por los distintos grupos parlamentarios de la cámara alta y no entrará en vigor hasta

¹⁵ En este título se introducen distintas previsiones para reforzar la coordinación entre los distintos servicios que realizan funciones en materia de asistencia a las víctimas, así como la colaboración con redes públicas y privadas, en la línea de alcanzar una mayor eficacia en los servicios que se prestan a los ciudadanos, siguiendo así las directrices de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (CORA).

¹⁶ La Ley incorpora una disposición adicional que prevé la creación y ulterior desarrollo reglamentario de un mecanismo de evaluación periódica global del sistema de apoyo y protección a las víctimas, con participación de los agentes y colectivos implicados, que sirva de base a futuras iniciativas y a la mejora paulatina del mismo. En cuanto a las disposiciones finales, destaca la inclusión de una disposición que modifica la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal y que deriva de manera directa de la obligación de transponer a nuestro ordenamiento interno la propia Directiva 2012/29/UE, sobre derechos de las víctimas. Así, la disposición final segunda introduce en la Ley de Enjuiciamiento Criminal los cambios derivados de la propia Directiva de víctimas. Estos ajustes en la norma procesal penal resultan necesarios para complementar la regulación sustantiva de derechos que se recoge en el propio Estatuto. El resto de disposiciones finales se refieren al título competencial, a la introducción de una reforma muy puntual en el Código Penal, a la adaptación de los Estatutos Generales de la abogacía y procuraduría, al desarrollo reglamentario, a los medios y a la entrada en vigor.

¹⁷ Diario La Ley, nº 8509, Sección Hoy es Noticia, 27 de Marzo de 2015, Editorial LA LEY 72217/2015.

¹⁸ Se realizaron algunas modificaciones poco significativas que paso a exponer: en el párrafo primero del apartado I y en el último párrafo del apartado III se llevan a cabo correcciones de estilo. En el apartado IX se da una redacción más clara y precisa al párrafo segundo, que expresa el objeto y los motivos de la inclusión de la disposición final primera. Esta nueva redacción permite suprimir el párrafo tercero de este apartado. En el artículo 7 del párrafo segundo del apartado 1 ha sido modificado por razones de técnica legislativa; en el artículo 13 en las letras a) y b) del apartado 1 se introducen sendas correcciones de carácter técnico-legislativo; el artículo 14 se corrige el error de transcripción advertido; el artículo 21 en la letra d) se lleva a cabo una corrección de estilo; el artículo 25 en la letra d) del apartado 1 se precisa la remisión que contiene, por razones de técnica legislativa; en el artículo 26 En la letra b) del apartado 2 también se precisa la remisión que contiene, asimismo por razones de técnica legislativa. En la Disposición Adicional, la rúbrica ha sido modificada por razones de estilo. El párrafo tercero prevé ahora

transcurridos seis meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado (BOE). Ha sido avalada por todos los partidos con representación en el Senado con 207 votos a favor, dos en contra y siete abstenciones¹⁹.

Aprobada por el Congreso de los Diputados el pasado mes de diciembre, de 2014 la norma incluye los derechos y reconocimientos que hemos analizado en el proyecto.

Las enmiendas aprobadas por el Senado y el correspondiente mensaje motivado han sido remitidos al Consejo de los Diputados a los efectos previstos en el artículo 90.2 de la Constitución²⁰.

d) El Estatuto de las víctimas aprobado por Ley 4/15 de 27 de abril

La Ley 4/2015, de 27 de abril ha sido publicada en el BOE el 28 de abril y trata de dar una respuesta lo más amplia posible, no solo jurídica, sino también social, a las

que el informe anual al que se refiere deberá ser remitido por el Gobierno a las Cortes Generales. La Disposición Adicional segunda se introduce una corrección de carácter técnico. En la Disposición Final sexta en la transcripción del párrafo primero del artículo 282 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se suprime la referencia inicial a dicho artículo, por razones de técnica legislativa. En la Disposición final quince El párrafo cuarto del artículo 636 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ha sido modificado por razones de técnica legislativa. En la disposición final dieciocho en la letra a) del artículo 682 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se lleva a cabo una corrección de estilo. En la Disposición final dieciocho El párrafo cuarto de la regla 1.ª del apartado 1 del artículo 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ha sido modificado por razones de técnica legislativa.

¹⁹ No todos los grupos ni Asociaciones han visto con buenos ojos el Estatuto y así es de significar que algún punto crítico de debate ha sido mantenido, como la posibilidad de las víctimas de participar en la ejecución de las penas, ha sido esta posibilidad de participar en la ejecución de las penas, incluida en el artículo 13 de la ley, la que no ha contado con el apoyo de la mayor parte de la oposición -a excepción de UPyD-, aunque todos los partidos valoraron la generalidad del texto. Se repitieron así durante el debate las posiciones mantenidas por los grupos cuando el proyecto de ley pasó el trámite del Congreso y del Senado. En una intervención al final del debate, el ministro de Justicia, **Rafael Catalá**, aseguró que con esta norma España es «una sociedad más justa» y «un país más avanzado y solidario», ya que atender a estas víctimas «no será más una opción, sino una obligación opinión, permitir que las víctimas participen en la ejecución de las penas de los condenados «vulnera la normativa penitenciaria» y el espíritu de reinserción de los condenados. Desde la **Izquierda Plural**, **Gaspar Llamazares**, explicó que su grupo se abstendría porque las víctimas tienen derecho a ser informadas y protegidas, «pero no a decidir sobre si procede un permiso o una progresión de grado, que es potestad del Estado», algo que en su opinión conllevaría «no cumplir la Constitución» y a una «revictimización». **Rosa Diez (UPyD)** valoró el texto que se aprueba, ya que a pesar de tener «algunos vacíos o huecos», logra un equilibrio entre el derecho a la reinserción de los condenados y el derecho a reparación de los víctimas, y en general está «bien resuelto» política y jurídicamente. Desde **CiU**, **Jordi Jané** argumentó que el artículo 13 de la ley va en contra de lo dictado por el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) y de lo establecido en la Constitución, generando «miedo, indefensión y sentimiento de venganza». La diputada popular **Carmen Quintanilla** ha asegurado que «estamos ante una de las leyes de mayor calado para la sociedad española» en la que se aportan «las herramientas que las víctimas demandan y merecen». Tras el debate, la **Plataforma de Víctimas Alvia 04155** expresó su «indignación y desconcierto frente a la falta total de atenciones concretas a las víctimas de catástrofes» como la que ellos sufrieron, en la que están, han dicho, «abandonados y humillados». Durante el debate, el diputado socialista Juan Carlos Corcuera le dijo al ministro que lamenta su «falta de sensibilidad» y que la norma aprobada «se olvida de algunas víctimas». <http://www.lavozdegalicia.es/noticia/espana/2015/04/17/aprobado-estatuto-victima-permite-recorrer-libertad-condenados/00031429291476245641304.htm>.

²⁰ Proyecto de Ley del Estatuto de la víctima del delito (621/000103) (Cong. Diputados, Serie A, núm. 115 Núm. exp. 121/000115).

víctimas, aglutinando en un solo texto legislativo el catálogo de los derechos, procesales y extraprocesales, de todas las víctimas de delitos, no obstante las remisiones a normativa especial en materia de víctimas con especiales necesidades o con especial vulnerabilidad²¹.

Voy a analizar diversos aspectos concretos de la misma:

1) Objeto de la Ley 4/15 de 27 de abril

En relación a su objeto, en un texto único, el catálogo de derechos procesales y extraprocesales de todas las víctimas de delitos, sin perjuicio de remisiones a normativa especial para víctimas con especiales necesidades o especial vulnerabilidad²², adaptándose a la legislación europea existente sobre la materia²³.

2) Ámbito de aplicación

El artículo 2 de la L 4/2015, de 27 de abril, recoge un concepto de víctima omnicompreensivo, distinguiendo entre víctima directa e indirecta, por cuanto se extiende a toda persona que sufra un perjuicio físico, moral o económico como consecuencia de un delito y también se reconoce la condición de víctima indirecta al cónyuge o persona vinculada a la víctima por una análoga relación de afectividad, sus hijos y progenitores, parientes directos y personas a cargo de la víctima directa por muerte o desaparición ocasionada por el delito, así como a los titulares de la patria potestad o tutela en relación a la desaparición forzada de las personas a su cargo, cuando ello determine un peligro relevante de victimización secundaria²⁴.

²¹ VELA MOURIZ, A., Contenido y novedades de la L 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (BOE de 28 de abril), en Diario La Ley, Nº 8529, Sección Documento on-line, 29 de Abril de 2015, Editorial LA LEY, p. 1

²² VELA MOURIZ, A., Las 10 claves del Estatuto de la víctima del delito (Ley 4/2015, de 27 de abril. BOE de 28 de abril), en Diario La Ley, Nº 8529, Sección Documento on-line, 29 de Abril de 2015, Editorial LA LEY, p.1

²³Esta Ley transpone: 1. La Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012 (LA LEY 19002/2012), derogatoria de la Decisión marco 2001/220/JAI (LA LEY 4792/2001).2. La Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011 (LA LEY 28682/2011), relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil.3. La Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011 (LA LEY 7473/2011), relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión Marco 2002/629/JAI (LA LEY 9842/2002) del Consejo.

²⁴ VELA MOURIZ, A., Contenido y novedades de la L 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (BOE de 28 de abril), en Diario La Ley, Nº 8529, Sección Documento on-line, 29 de Abril de 2015, Editorial LA LEY y en Las 10 claves del Estatuto de la víctima del delito (Ley 4/2015, de 27 de abril. BOE de 28 de abril), en Diario La Ley, Nº 8529, Sección Documento on-line, 29 de Abril de 2015, Editorial LA LEY

El nuevo concepto de víctima es más amplio que el de sujeto pasivo del delito pero más limitado que el de perjudicado por el mismo. La víctima abarcaría dos supuestos especiales de perjudicados (u ofendidos): de un lado, el sujeto pasivo del delito, de otro, los terceros más perjudicados directamente en los delitos con resultado de muerte o, según el Estatuto, también en la desaparición de una persona.

Sólo la persona física puede ser víctima y el daño ha de ser causado directamente por el delito.

Reconoce derechos tanto a las víctimas españolas como extranjeras, equiparándolas a un mismo nivel, independientemente de que residan o no legalmente en nuestro país, con tal de que el delito sea cometido en territorio español o pueda ser perseguido en España.

El art.17 de la L 4/2015, de 27 de abril, establece una cláusula específica para las víctimas de delitos cometidos en otros Estados miembros de la Unión Europea, que sean residentes en España y que podrán presentar ante las autoridades españolas las denuncias correspondientes, previéndose para el caso de que las autoridades españolas «resuelvan no dar curso a la investigación, por falta de jurisdicción, remitirán inmediatamente la denuncia presentada a las autoridades competentes del Estado en cuyo territorio se hubieran cometido los hechos y se lo comunicarán al denunciante.

3) *Catálogo general de derechos comunes*

Se recogen en el Título preliminar unos derechos comunes a todas las víctimas, que se van desarrollando posteriormente a lo largo del articulado y que se refiere tanto a los servicios de apoyo como a los de justicia reparadora que se establezcan legalmente, y a las actuaciones a lo largo del proceso penal en todas sus fases, incluidas las primeras diligencias y la ejecución, con independencia del resultado del proceso penal. En ese catálogo general, se recogen, entre otros, el derecho a:

- La información.
- La protección y apoyo en todo caso.
- Participar activamente en el proceso penal.
- El reconocimiento como tal víctima.
- Un trato respetuoso, profesional, individualizado y no discriminatorio.

4) *Derechos extraprocesales de las víctimas*

El Título I de la L 4/2015, de 27 de abril, reconoce una serie de derechos extraprocesales, también comunes a todas las víctimas, con independencia de que sean parte en un proceso penal o hayan decidido o no ejercer algún tipo de acción, e incluso con anterioridad a la iniciación del proceso penal.

Se regula el derecho a obtener información de toda autoridad o funcionario al que se acuda, con lenguaje sencillo y accesible, desde el primer contacto. Esa información, que deberá ser detallada y sucesivamente actualizada, debe orientar e informar sobre los derechos que asisten a la víctima en cuestiones tales como:

1. Medidas de apoyo disponibles;
2. Modo de ejercicio de su derecho a denunciar;
3. Modo y condiciones de protección,
4. Del asesoramiento jurídico y de la defensa jurídica;
5. Indemnizaciones, interpretación y traducción;
6. Medidas de efectividad de sus intereses si residen en distinto país de la Unión Europea;
7. Procedimiento de denuncia por inactividad de la autoridad competente;
8. Datos de contacto para comunicaciones; servicios disponibles de justicia reparadora;
9. El modo de reembolso de gastos judiciales.

Resulta un derecho nuevo el hecho de que toda víctima pueda hacerse acompañar por la persona que designe, sin perjuicio de la intervención de abogado cuando proceda, en sus diligencias y trato con las autoridades.

El Estatuto prevé también el derecho de la víctima como denunciante y, en particular, su derecho a obtener una copia de la denuncia, debidamente certificada, asistencia lingüística gratuita a la víctima que desee interponer denuncia y traducción gratuita de la copia de la denuncia presentada.

Se reconoce el derecho de la víctima a recibir información de determinados aspectos sobre la causa penal, con independencia de que se persone o no en el proceso penal.

Se desarrolla, de acuerdo con la normativa europea, el derecho a la traducción e interpretación, tanto en las entrevistas, incluidas las policiales, como en la participación activa en vistas, e incluye el derecho a la traducción escrita y gratuita de la información esencial, en particular la decisión de poner término a la causa y la designación de lugar y hora del juicio²⁵.

Se regula el acceso a los servicios de apoyo, que comprende la acogida inicial, orientación e información y medidas concretas de protección, sin perjuicio de apoyos específicos para cada víctima, según aconseje su evaluación individual y para ciertas categorías de víctimas de especial vulnerabilidad²⁶.

5) *La participación de la víctima en el proceso penal*

El Título II de la L 4/2015, de 27 de abril (LA LEY 6907/2015), sistematiza los derechos de la víctima en cuanto a su participación en el proceso penal, como algo independiente de las medidas de protección de la víctima en el proceso, que son objeto del Título III.

Se reconoce a la víctima el derecho a participar en el proceso, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LA LEY 1/1882), y se refuerza la efectividad material del mismo a través de diversas medidas:

1. La notificación de las resoluciones de sobreseimiento y archivo y el reconocimiento del derecho a impugnarlas dentro de un plazo de tiempo suficiente a partir de la comunicación, con independencia de que se haya constituido anteriormente o no como parte en el proceso;
2. El reconocimiento del derecho a obtener el pago de las costas que se le hubieran causado, con preferencia al derecho del Estado a ser indemnizado por los

²⁵ En concreto (art. 7): a) La resolución por la que se acuerde no iniciar el procedimiento penal. b) La sentencia que ponga fin al procedimiento. c) Las resoluciones que acuerden la prisión o la posterior puesta en libertad del infractor, así como la posible fuga del mismo. d) Las resoluciones que acuerden la adopción de medidas cautelares personales o que modifiquen las ya acordadas, cuando hubieran tenido por objeto garantizar la seguridad de la víctima. e) Las resoluciones o decisiones de cualquier autoridad judicial o penitenciaria que afecten a sujetos condenados por delitos cometidos con violencia o intimidación y que supongan un riesgo para la seguridad de la víctima. f) Las resoluciones a que se refiere el artículo 13 (que son las resoluciones que podrá impugnar en la fase de ejecución de la pena). Son resoluciones donde la víctima puede verse afectada ante la salida o excarcelación de su agresor, y para evitar correr riesgos innecesarios, la información a la víctima sobre estas situaciones jurídico-procesales, pueden ser vitales para establecer las medidas adecuadas de protección para conservar su vida e integridad y la de sus familiares más cercanos.

²⁶ Establece el Estatuto que “los menores que se encuentran en un entorno de violencia de género o violencia doméstica, para garantizarles el acceso a los servicios de asistencia y apoyo, así como la adopción de medidas de protección, con el objetivo de facilitar su recuperación integral”.

gastos hechos en la causa, cuando el delito hubiera sido finalmente perseguido únicamente a su instancia o el sobreseimiento de la misma hubiera sido revocado por la estimación del recurso interpuesto por ella.

Se facilitan a la víctima ciertos cauces de participación en la ejecución de las penas. Y así pueden:

1. Impugnar ante los Tribunales determinadas resoluciones que se refieren a los Autos por los que se disponga la posible clasificación del penado en tercer grado - en los tipos de delitos que se enumeran- beneficios penitenciarios, permisos de salida, el cómputo de tiempo para la libertad condicional (...) o cuando ésta se conceda, con un plazo de interposición del recurso de 15 días, tras los 5 de que dispone la víctima para anunciarlo, acto que no requiere asistencia letrada.
2. Facilitar información que pueda ser relevante para que los Jueces y Tribunales resuelvan sobre la ejecución de la pena, responsabilidades civiles o comiso ya acordados,
3. Solicitar la adopción de medidas de control con relación a liberados condicionales que hubieran sido condenados por hechos de los que pueda derivarse razonablemente una situación de peligro para la víctima.

Se establece la actuación de los servicios de justicia restaurativa, facilitando la mediación. La actuación de estos servicios se concibe orientada a la reparación material y moral de la víctima, y tiene como presupuesto el consentimiento libre e informado de la víctima y el previo reconocimiento de los hechos esenciales por parte del autor. En todo caso, la posible actuación de los servicios de justicia restaurativa quedará excluida cuando ello pueda conllevar algún riesgo para la seguridad de la víctima o pueda ser causa de cualquier otro perjuicio

Se facilita a la víctima el ejercicio de sus derechos, permitiendo la presentación de solicitudes de justicia gratuita ante la autoridad o funcionario encargado de informarle de sus derechos; y se regula el procedimiento aplicable en los casos de presentación en España de denuncia por hechos delictivos cometidos en otros países de la Unión Europea, así como la comunicación a la víctima de su remisión, en su caso, a las autoridades competentes.

Se reconoce el derecho de la víctima a obtener la devolución inmediata de los efectos de su propiedad, salvo en los supuestos excepcionales en los que el efecto en

cuestión, temporalmente o de forma definitiva, tuviera que permanecer bajo la custodia de las autoridades para garantizar el correcto desarrollo del proceso.

6) *Protección y reconocimiento de las víctimas*

El Título III de la L 4/2015, de 27 de abril, regula cuestiones relativas a la protección y reconocimiento de las víctimas, así como las medidas de protección específicas para cierto tipo de víctimas, y evitar la victimización secundaria²⁷.

La adopción de medidas y el acceso a ciertos servicios vienen precedidos de una evaluación individualizada de la víctima, para determinar sus necesidades de protección específica y de eventuales medidas especiales. Dichas medidas han de actualizarse con arreglo al transcurso del proceso y a las circunstancias sobrevenidas.

- Las medidas de protección específica se adoptan atendiendo al carácter de la persona, al delito y sus circunstancias, a la entidad del daño y su gravedad o a la vulnerabilidad de la víctima. Así, junto a las remisiones a la vigente normativa especial en la materia, se incluyen aquellas medidas concretas de protección para colectivos que carecen de legislación especial y, particularmente, las de menores de edad víctimas de abuso, explotación o pornografía infantil, víctimas de trata de seres humanos, personas con discapacidad y otros colectivos, como los delitos con pluralidad de afectados y los de efecto catastrófico.
- Las medidas de tipo general y uniforme para todas las víctimas no sirven, ni son viables ni resuelven el problema, pues la experiencia demuestra, no sólo que cada caso es distinto, sino que también lo es la víctima, su agresor y las circunstancias en las que están inmersas, por lo que la cercanía con todas estas variables, es fundamental para la finalidad de protección.
- Las medidas de protección buscan la efectividad frente a represalias, intimidación, victimización secundaria, daños psíquicos o agresiones a la dignidad durante los interrogatorios y declaraciones como testigo, e incluyen desde las medidas de protección física hasta otras, como el uso de salas separadas en los Tribunales, para evitar contacto de la víctima con el

²⁷Para evitar la victimización secundaria en particular se establecen medidas tales como -Obtener la declaración de la víctima sin demora tras la denuncia; Reducir el número de declaraciones y reconocimientos médicos al mínimo necesario; garantizar a la víctima su derecho a hacerse acompañar, no ya solo del representante procesal, sino de otra persona de su elección, salvo resolución motivada.

infractor y cualesquiera otras, bajo discrecionalidad judicial, que exijan las circunstancias.

e) *Modificaciones realizadas a la Ley de Enjuiciamiento Criminal y al Código Penal como consecuencia de la Ley 4/15 de 27 de abril*

La disposición final primera de la L 4/2015, de 27 de abril prevé modificaciones a la LECrim que derivan de manera directa de la obligación de transponer a nuestro ordenamiento interno la propia Directiva 2012/29/UE, sobre derechos de las víctimas. Estos ajustes en la norma procesal penal resultan necesarios para complementar la regulación sustantiva de derechos que se recoge en el propio Estatuto.

Se introduce un nuevo y trascendente art. 109 bis, del que cabe resaltar:

1) *Ejercicio simultáneo de la acción penal*

La posibilidad que se prevé en su apdo. 2 de un ejercicio «simultáneo» de la acción penal por una pluralidad de víctimas, de manera que “todas ellas podrán personarse independientemente con su propia representación” pero se reconoce que “el buen orden del proceso”, o el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas pueden determinar que el Juez o Tribunal, en resolución motivada y tras oír a todas las partes, disponga en razón de sus respectivos intereses que se agrupen en una o varias representaciones y que sean dirigidos por la misma o varias defensas.

2) *Ejercicio sucesivo de la acción penal*

Se establece la posibilidad de un ejercicio “sucesivo” de la acción penal, ya que el que alguna de las personas legitimadas haya ejercitado su derecho no impide su ejercicio posterior por cualquier otro de los legitimados, que queda sometido a una doble condición: que no hubieran renunciado a su derecho previamente, y que se ejercite la acción en cualquier momento antes del trámite de calificación del delito, sin retrotraer ni reiterar las actuaciones ya practicadas, antes de su personación.

3) *Legitimación de las asociaciones de víctimas previa autorización*

Se recoge una novedosa legitimación de las asociaciones de víctimas y de personas jurídicas que quedan reconocidas para defender los derechos de las víctimas, siempre que ello fuera autorizado por la víctima del delito, lo que había sido una reivindicación reiterada por las Asociaciones.

En relación al Código Penal la Disposición Final segunda de la L 4/2015, de 27 de abril prevé una modificación muy puntual del art. 126.2 CP para dar preferencia de pago a las costas de la víctima por encima de la indemnización del Estado.

f) Adaptación de Estatutos de la Abogacía y de la Procuraduría al Nuevo Estatuto de las Víctimas

La Disposición Final quinta de la L 4/2015, de 27 de abril, prevé que los Colegios y Consejos Generales de Abogados y Procuradores adoptarán las medidas necesarias para adaptar sus respectivos Estatutos, en un plazo máximo de un año desde su entrada en vigor, para recoger la responsabilidad disciplinara por infracción muy grave en la que puede incurrir un Abogado o Procurador que incumpla la prohibición de dirigirse a las víctimas directas o indirectas de catástrofes, calamidades públicas u otros sucesos que hubieran producido un número elevado de víctimas que cumplan los requisitos que se determinen reglamentariamente y que puedan constituir delito, para ofrecerles sus servicios profesionales hasta transcurridos 45 días desde el hecho, salvo que haya sido solicitados expresamente por la víctima, conforme recoge el art. 8.2 de la de la L 4/2015, de 27 de abril.

III. CONCLUSIONES

El nuevo Estatuto de las víctimas supone un catálogo amplio de derechos de las víctimas y que tiene por objetivo su protección integral, reconociendo novedosos derechos como su presencia en el proceso penal y la necesidad de autorización para ser representadas por las Asociaciones de víctimas.

Para la efectividad de estos derechos entiende que es necesaria la máxima colaboración institucional e implica no sólo a las distintas Administraciones Públicas, al Poder Judicial y a colectivos de profesionales y víctimas, sino también a las personas concretas que, desde su puesto de trabajo, tienen contacto y se relacionan con las víctimas y, en último término, al conjunto de la sociedad. Por ello, se entiende que es tan necesario dotar a las instituciones de protocolos de actuación y de procedimientos de coordinación y colaboración, como también el fomento de oficinas especializadas, de la formación técnica, inicial y continuada del personal, y de la sensibilización que el trato a la víctima comporta, sin olvidar la participación de asociaciones y colectivos, tendiendo desde el principio del proceso a evitar la victimización secundaria y el acceso a la actuación de los servicios de justicia restaurativa siempre que no comprometa la protección a la víctima.

Se trata en definitiva de un novedoso elenco de derechos de las víctimas en el proceso penal que coordina también medidas y actuaciones sociales con otros organismos del Estado para hacer más efectivos sus derechos y protección, comprendiendo a “todas” las víctimas de delitos, también, por tanto, a las derivadas de delitos terroristas, que se habían sentido desprotegidas con la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo y su Reglamento de 6 de septiembre de 2013.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ- GÁLVEZ, J./DÍAZ VALCÁRCEL, R., Acerca de la responsabilidad patrimonial del estado en los daños causados por el terrorismo, en L. L., 1895-3.
- BACA BALDOMERO, E., y CABANAS ARRATE, M.L., (editores), *Las víctimas de la violencia: estudios psicopatológicos*, Madrid, Triacastela, 2003.
- BARRIO PRIETO, A., *Compendio Legislativo de Condecoraciones Españolas*, Ministerio de la Presidencia, Madrid, 200.
- BENEGAS, J. M., *Diccionario de Terrorismo*, ed. Espasa, Madrid, 2004.
- BILBAO, G., *Víctimas del terrorismo y reconciliación en el País Vasco*, Bilbao, Bakeaz, 2007.
- BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J., La tabla de garantías de la víctima en el proyecto d de reforma del proceso penal español, *Diario La Ley*, Nº 8518, Sección Tribuna, 14 de Abril de 2015, Ref. D-145, Editorial LA LEY.
- BRAGE CERDÁN, S., *Cuadernos de Criminología. La Criminología de la violencia*, Santiago de Compostela, J.M. BoschEditor, 2013.
- COBO DEL ROSAL Y OTROS, *El Código Penal (con concordancias, jurisprudencia, bibliografía y anotaciones sobre su vigencia anterior y posterior a octubre de 2004)*, Bosch, Barcelona, 2004.
- *Instituciones de Derecho Penal Español, Parte General*, CESES ediciones, Madrid, 2004.
- CONDE PÉREZ, E., *Terrorismo y legalidad internacional*, Dykinson, Madrid, 2012.
- DE MIGUEL, M. E., La asistencia respecto de las víctimas, coordinadas del Departamento de Justicia, en *Eguzkilore*, núm. 1462, 1987.
- ETXEBERRIA, X., *Dinámicas de la memoria y víctimas del terrorismo*, Bilbao, Bakeaz, 2007.
- *La participación social y política de las víctimas del terrorismo*, Bilbao, Bakeaz, 2007.
- FERNÁNDEZ ARÉVALO, A., Ley 32/99, de 8 de octubre, de Solidaridad con las Víctimas del Terrorismo, en *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, Nº 4, Sevilla, 2000.
- FISCHER, H. A., *Los daños civiles y su reparación*, Madrid, Victoriano Suárez, 1928.
- GARCÍA ANDRADE, J. A., *Raíces de la violencia: un estudio sobre el mundo del delito*, (el autor), Madrid, 1982.
- GAROFALO, R., *Indemnización a las víctimas del delito*, Pamplona, Analecta, 2002.
- HERMAN, J. *Trauma y recuperación*, Espasa Calpe, Madrid.
- LASARTE, C., *Principios de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, Marcial Pons, 2007.
- *Manual de autoayuda para víctimas de atentados terroristas*, Madrid, Asociación de Víctimas del Terrorismo, 2004.
- LÓPEZ MARTÍN, P. (COORD), *III Congreso Internacional sobre Víctimas del Terrorismo*, Valencia, 13-14 de febrero de 2006, Pablo Madrid: CEU, 2006. *Diario La Ley*, nº 8509, Sección Hoy es Noticia, 27 de Marzo de 2015, Editorial LA LEY 72217/2015

- MARTÍN BERISTAIN, C., *Violencia, apoyo a las víctimas y reconstrucción social: experiencias internacionales y el desafío Vasco*, Madrid, Fundamentos, 2004.
- MENDELSÖHN, B., *La victimología*, Revista Francesa de Psicoanalogía, 1958.
- MORENO MARTÍNEZ, J. A., (coord.), *Perfiles de la Responsabilidad Civil en el nuevo Milenio*, Madrid, Dykinson, 2000.
- OROMÍ VALL-LLOVERA, S., *Víctimas de delitos en la Unión Europea. Análisis de la Directiva 2012/29/UE*, Revista General de Derecho Procesal, núm. 30, 2013
- PÉREZ, F. P., *Guía de ayuda psicoasistencial a las víctimas del terrorismo*, Bilbao,
- PÉREZ RIVAS, N., *Los derechos de las víctimas en la Unión Europea. Análisis de la Directiva 2012/29/UE*, Revista USC, Santiago de Compostela, 2014
- PULGAR GUTIÉRREZ, M. B., *Víctimas del Terrorismo: 1964-2004*, Madrid, Dykinson, 2004
- REDONDO HERMIDA, A., *La Víctima del terrorismo: una reflexión jurídica*, Diario La Ley, nº 6807, Madrid, 2007.
- RODRÍGUEZ URIBES, J.M., *Las víctimas del terrorismo en España*, Dykinson, Madrid, 2013.
- ROIG TORRES, M., *La reparación del daño causado por el delito (aspectos civiles y penales)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.
- SANMARTÍN, José, *La violencia y sus claves*, Barcelona, 2001, Ariel.
- SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M., *La posición de la víctima en el derecho comparado y en la normativa de la Unión Europea*, EDJ, nº 121, 2007
- SYMMONDS, M., *La victimización y el tratamiento rehabilitador*, en Eichelman, Soskis y Reids : *Terrorism*, American Psychiatric Association, Washinton, 1983.
- TORRES MINAYA, P., *11-M, Homenaje a las víctimas: testimonio de vida*, Madrid, Martínez Roca, 2004.
- VAN DIJK, J.J.M. MANCHIN, R., VAN KESTEREN, J., NEVALA, S., HIDEG, G., *The Burden of Crime in the EU A Comparative Analysis of the European Crime and Safety Survey (EU ICS) 2005*.
- VELA MOURIZ, A., *Contenido y novedades de la L 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (BOE de 28 de abril)*, en Diario La Ley, Nº 8529, Sección Documento on-line, 29 de Abril de 2015, Editorial LA LEY.
- *Las 10 claves del Estatuto de la víctima del delito (Ley 4/2015, de 27 de abril. BOE de 28 de abril)*, en Diario La Ley, Nº 8529, Sección Documento on-line, 29 de Abril de 2015, Editorial LA LEY.

* * * * *

Tatiana de Francisco López

Juez Sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Socia FICP.

~Corrupción internacional, política criminal y amparo en la Corte~

Resumen.- El Derecho Penal Internacional no es ajeno al terrorismo ni desde el punto de vista fáctico ni jurídico. La materia, objeto de atención de los organismos internacionales (ONU, OCDE, UE, etc.), constituye uno de los temas más candentes dentro de la actual política criminal.

I. INTRODUCCIÓN

Las graves violaciones a los Derechos Humanos y los crímenes de guerra cometidos durante la Segunda Guerra Mundial demostraron la necesidad de implementar mecanismos para juzgar a los responsables de esas atrocidades. De esta forma, la comunidad internacional decide crear Tribunales de Núremberg y Tokio, constituyéndose en el primer paso hacia la consolidación de la justicia penal permanente internacional¹.

La responsabilidad internacional es una institución por la cual, cuando se produce una violación del derecho internacional, el Estado que ha causado esa violación debe reparar el daño material (reparación) o moral (satisfacción) causado a otro o a otros Estados. Los Estados como sujetos responsables de principales del Derecho Internacional, tienen la obligación de adecuar comportamientos a los mandatos contenidos en dicho ordenamiento jurídico, so pena de incurrir en un ilícito internacional generados de una responsabilidad internacional².

El Derecho Penal Internacional³ según BASSIOUNI, constituye la rama del sistema jurídico internacional configuradora de una de las estrategias empleadas para alcanzar, respecto de ciertos intereses mundiales, el más alto grado de sujeción y conformidad de

¹ AGUIRRE FLORES, La complementariedad de la corte penal internacional: algunas perspectivas jurídicas desde el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, Cuadernos de Derecho Judicial del Poder Judicial, pp. 197-198.

² JIMÉNEZ PIERNAS C., Introducción al derecho Internacional Público, Tecnos, Madrid, 2009, p. 389.

³ BASSIOUNI, Mahmoud Cherif, experto de las Naciones Unidas en crímenes de guerra, profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad DePaul de Chicago, The theory and practice of international criminal law, 2008. Quince ensayos académicos, escrita por destacados expertos de todo el mundo, sobre la teoría y la práctica del derecho penal internacional (Louise ARBOUR, Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos; Mahnoush ARSANJANI, Jefe de la Oficina de las Naciones Unidas de Asuntos Jurídicos de la División de Codificación; Diane Orentlicher, Experto Independiente de NU de Lucha contra la Impunidad, Michael REISMAN, ex Presidente de la Comisión Interamericana de América para los Derechos Humanos; Yves SANDOZ, Director de Derecho Internacional del Comité Internacional de la Cruz Roja; William SCHABAS, miembro de la Sierra Leona Comisión de la Verdad, Brigitte STERN, el abogado de los bosnios en la corte del Genocidio de caso de Mundo, y Hassan BIN PRÍNCIPE TALAL , primer Presidente de la Asamblea de los Estados).

los objetivos mundiales de prevención del delito, protección de la comunidad y rehabilitación de los delincuentes. El Derecho Penal Internacional, consiste en determinar las conductas atentatorias contra un interés social de trascendencia universal, cuya protección exige su tipificación como delitos y la aplicación de penas impuestas por los Estados miembros de la Comunidad Internacional, a través de actuaciones nacionales o internacionales, colectivas y de cooperación.

Otro concepto nos dice que todo hecho internacional ilícito de un Estado entraña una responsabilidad por tanto, esa figura jurídica es "la relación que surge del acto ilícito internacional entre el sujeto al que se atribuye la violación jurídica internacional y el sujeto o sujetos cuyo derecho o interés resulta lesionado a raíz de dicha violación"⁴. De esta surgen dos teorías para la responsabilidad: la teoría de la responsabilidad objetiva (o de riesgo), la cual se basa en el principio de que los actos que se atribuyan al Estado que lo hacen responsable por un incumplimiento del Derecho Internacional, no requieren de la prueba de la intención de la falta (culpa) o dolo, por parte del Estado por un infractor; la teoría de la responsabilidad subjetiva: esta se sustenta en que la responsabilidad del Estado depende de ciertos elementos de falta, sea de intención de dolo o la negligencia (culpa)⁵.

II. ORIGEN Y ANTECEDENTES DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

1. Responsabilidad internacional del individuo

Tanto la responsabilidad internacional de los Estados como la responsabilidad internacional penal de los individuos tienen un carácter distinto y autónomo, pues mientras la responsabilidad del Estado posee un carácter meramente reparatorio, la responsabilidad del individuo posee un carácter penal⁶. Son cada vez menos excepcionales los supuestos en que la responsabilidad de los delitos de piratería, esclavitud, genocidio, actos de terrorismo, crímenes de guerra y contra la paz y la humanidad..., se imputa directamente al individuo mediante procedimientos

⁴LÓPEZ BASSOLS H., Derecho Internacional Público Contemporáneo e Instituciones Básicas, Porrúa, 2001, p. 2.

⁵BACIGALUPO ZAPATER, E. La ciencia europea del derecho penal, Seminario Escuela de Verano Poder Judicial, Galicia 1999, Estudios de Derecho Judicial nº 20, pp .80-100.

⁶El Estatuto de Roma en su artículo 25 numeral 4 establece que "nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a las responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional". En la misma línea, el Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad aprobado en 1996 por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, cuyo artículo 4 expresa que "el hecho de que el presente Código prevea la responsabilidad internacional de las personas por crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad no prejuzga ninguna cuestión de la responsabilidad de los Estados en virtud del derecho internacional".

internacionales creados como complemento de los sistemas penales nacionales, a través de los Tribunales *ad hoc* y la Corte Penal Internacional, creados por los Estados con el propósito de perseguir y castigar los crímenes más graves cometidos por los individuos⁷.

En el marco de los respectivos ordenamientos internos, los Estados como sujetos principales del Derecho Internacional tienen la obligación general de adecuar su comportamiento a los contenidos de dicho ordenamiento jurídico⁸. Si bien en el marco internacional han surgido nuevos sujetos activos y pasivos de responsabilidad internacional distintos a los Estados⁹ (las organizaciones Internacionales y individuos), tal y como reconoce el proyecto de artículos de la responsabilidad estatal, que reconoce en su artículo 58 que “los presentes artículos se entenderán sin perjuicio de cualquier cuestión relativa a la responsabilidad individual, en virtud del Derecho Internacional, de cualquier persona que actúe en nombre de un Estado”¹⁰.

El derecho internacional clásico no conoció la responsabilidad penal de los individuos. Si bien los llamados fundadores del derecho internacional fueron insignes propugnadores de la *civitas máxima gentium* ninguno de ellos concibió la noción de subjetividad pasiva del individuo. Estas lúcidas perspectivas, visionarias, humanistas y comprensivas del Estado como una entidad al servicio de la comunidad internacional, fueron reemplazadas por la emergencia del positivismo jurídico que no consideraba plausible que los seres humanos tuvieran otros derechos que no fueran aquellos que les concediera el Estado, y que dotaba a éste de voluntad propia. La personificación del Estado todopoderoso, inspirada en la filosofía de Hegel¹¹, tuvo una influencia nefasta en la evolución del Derecho Internacional (reducido a un derecho interestatal) en fines del siglo XIX y en las primeras décadas del siglo XX. Esta corriente doctrinal resistió con fuerzas al ideal de emancipación del ser humano de la tutela absoluta del Estado, y al reconocimiento del individuo como sujeto del Derecho Internacional.

A pesar de las consideraciones positivistas, ya en esa misma época hubo ciertos delitos que fueron calificados como *delicta iuris gentium*, entre ellos la piratería, la

⁷ JIMÉNEZ PIERNAS C., Introducción, 2009, pp. 416-418

⁸ JIMÉNEZ PIERNAS C., Introducción, 2009, p. 390.

⁹ La responsabilidad de los Estados, se fijó en un proyecto de artículos que regularan la responsabilidad estatal por hechos internacionalmente ilícitos, recogido en la Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001 aprobada por la Asamblea General de la ONU: “todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad”.

¹⁰ JIMÉNEZ PIERNAS C., Introducción, 2009, p. 408.

¹¹ BACIGALUPO ZAPATER, E., Estudios de Derecho Judicial nº 20, 1999.

violación del bloqueo, los atentados a las personas internacionalmente protegidas y el contrabando de guerra. Ya para finales del siglo XIX y principios del siglo XX existían varios tratados que recogían el concepto de ilicitud para la conducta de los individuos aunque "la sanción se remitiese siempre a los Estados y, sobre todo, que no se hiciera referencia expresa a un principio de responsabilidad penal del individuo."¹².

Así, el primer antecedente histórico que permite el reconocimiento expreso de la responsabilidad penal del individuo en el derecho internacional sucede en el marco de la primera guerra mundial cuando al término de la misma se intentó juzgar al káiser Guillermo II de Hohenzollern "por ofensa suprema contra la moral internacional y a la autoridad sagrada de los tratados"¹³. Sin embargo, a pesar de ello cabe destacar, con palabras de Lirola DELGADO y Martín MARTÍNEZ "la importancia que reviste el que las referidas disposiciones de los tratados de paz reconociesen lo principios de responsabilidad y sanción penal del individuo, incluidos los jefes de Estado, por violación de normas de derecho internacional" pues con ello se marcaba un avance en relación con la opción clásica por la cual "un Estado en el ejercicio de su competencia soberana podía perseguir a un individuo de un ejército enemigo por violaciones de las leyes y usos de la guerra, allanando el camino para los acontecimientos que tendrían lugar tras la conclusión de la Segunda Guerra Mundial".

2. Origen y antecedentes

La aspiración de formar un tribunal internacional en materia criminal, con jurisdicción universal está relacionada con la preocupación con encontrar mecanismos para juzgar el genocidio¹⁴ a partir de la conclusión de la segunda guerra mundial, cuando se conocen los crímenes del nazismo¹⁵.

El antecedente más inmediato del Estatuto de Roma, es el borrador de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad¹⁶, y los Estatutos de los Tribunales Internacionales para la ex-Yugoslavia y Ruanda, los cuales describen los

¹² AGUIRRE FLORES, La complementariedad, pp. 195-196.

¹³ Sin embargo este juzgamiento nunca pudo materializarse en virtud de la negativa de extradición del gobierno holandés, que la fundamentó en el principio *nullum crimen sine lege*.

¹⁴ Díez DE VELASCO VALLEJO, M., Instituciones de Derecho Internacional Público, Tecnos, Madrid, 2009, 17 ed., p. 880.

¹⁵ Cfr. BENEGAS J. La corte penal internacional. Algunas consideraciones críticas sobre sus antecedentes y su regulación actual, para ESEADE. Escuela Superior de Economía y Administración de empresas.

¹⁶ Aprobado por la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas en Julio de 1996, y es conocido como el tercer borrador, ya que se habían elaborado otros dos, aunque no llegaron a ser aprobados en lectura definitiva por la Comisión.

crímenes contra la humanidad, en conflictos armados y en tiempo de paz respectivamente, lo que ha permitido contar con un valioso cuerpo de Derecho Penal internacional positivo y de jurisprudencia para la interpretación de estos ilícitos¹⁷.

Aún antes de los tribunales de la ex-Yugoslavia y Ruanda, surge el Tribunal de Nüremberg¹⁸, un Tribunal “ad hoc”¹⁹, creado en 1945 por las potencias aliadas (EEUU, Francia, Reino Unido y la URSS), mediante el acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945. Este Tribunal estaba destinado a juzgar principalmente a los líderes nazis responsables de crímenes de guerra²⁰ y sentó el criterio a su vez de que la “persecución por razones políticas, raciales o religiosas” era una de las dos categorías de crímenes contra la humanidad, y fijó el principio de la responsabilidad individual, ya no de los estados, por ese tipo de crímenes. Los mismos delitos fijados en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional a modo de anexo en el acuerdo de Londres, sirvieron de guía para condenar a los principales criminales de guerra nipones, juzgados por el Tribunal Militar Internacional del Extremo Oriente con sede en Tokio²¹. Los principios utilizados por ambos Tribunales sirvieron de base para la preparación de un proyecto del ya mencionado Código Internacional de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad.

En el año 1993 la Organización de Naciones Unidas (ONU), creó los dos Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* para la ex-Yugoslavia²² y Ruanda²³ con motivo de las atrocidades cometidas en ciertos conflictos armados. Además de estos dos Tribunales la ONU ha impulsado la creación de otros Tribunales de carácter Mixto, como por ejemplo el de Sierra Leona²⁴ o el de Camboya.

¹⁷ GÓMEZ BENÍTEZ J.M., Elementos Comunes de los crímenes contra la humanidad en el estatuto de la Corte Penal Internacional y necesaria tipificación de estos crímenes en el Derecho Penal Español, Cuadernos de Derecho Judicial del Poder Judicial, nº 7, 2001, p. 13.

¹⁸ JIMÉNEZ PIERNAS C., Introducción 2009, p. 418.

¹⁹ Se caracterizan principalmente por su carácter no permanente, cuando cumplen su cometido para el que fueron creados desaparecen.

²⁰ El Estatuto del Tribunal Militar Internacional al que se asignó el cometido de juzgar a estos individuos, contenía los delitos condenables: crímenes contra la paz, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y conspiración y complot para cometer los anteriores crímenes.

²¹ Los primeros jefes de estado o gobierno acusados de crímenes de guerra fueron el ex primer ministro japonés Hideki Tōjō (en 1946, dentro de los Juicios de Tokio) y el ex presidente yugoslavo Slobodan Milosevic (el año 2001 por orden del Tribunal Penal para la ex Yugoslavia, fallecido en el año 2006 estando bajo custodia del Tribunal y sin haber obtenido sentencia).

²² Creado con carácter excepcional y no permanente al amparo del Capítulo VII de la Carta, mediante Resolución de 22 de febrero de 1993 y Resolución 827 de 25 de mayo de 1993, con sede en la Haya.

²³ Creado en virtud de Resolución 955 de 8 de Noviembre de 1994 con sede en Arusha (Tanzania) con la misión de juzgar a los responsables del genocidio ruandés cometido en 1994.

²⁴ Creado por las autoridades de Sierra Leona, no por el Consejo de seguridad de la ONU.

La Corte Penal Internacional (CPI) es una Organización Internacional creada por el Estatuto de Roma, adoptado el 17 de julio de 1998, en vigor desde el 1 de Julio de 2002²⁵. Y surge como consecuencia de la necesidad de buscar un encuadre jurídico de enjuiciamiento de los delitos “contra la humanidad”, dado que la existente hasta el momento, La Corte Internacional de Justicia de la Haya, no tenía jurisdicción sobre los individuos sino sobre los Estados²⁶.

Fruto también de la libre circulación de personas que supone también la libre circulación de criminales, surge la necesidad de la posibilidad de enjuiciamiento fuera de las fronteras nacionales. Asimismo, el fenómeno de la “globalización” implica que cada vez con más frecuencia los delitos tienen carácter transnacional, y resulta difícil poder afirmar con rotundidad que determinados delitos han tenido lugar en el territorio de un único Estado.

La creación de la CPI, que surge del Tratado de Roma viene a poner fin a ese estado de cosas (delitos contra la humanidad...), posibilitando el juzgamiento de la responsabilidad individual de acusados por la comisión de esta clase de crímenes.

Como consecuencia, de la entrada en vigor del estatuto en el año 2002, los Estados firmantes se comprometieron a reformar sus leyes y procedimientos penales para dar cumplimiento a este nuevo compromiso y habilitar el control, la prevención y represión de cualquier lesión a los derechos fundamentales²⁷.

La CPI entró en vigencia el 1º de julio de 2002 tras la ratificación del tratado por parte de 66 países miembros. Era necesaria la firma de por lo menos 60 estados para aprobar el tratado. Sin embargo, varios países de peso no lo han hecho todavía, incluyendo China, Rusia, India, Israel y Estados Unidos²⁸. Este último incluso retiró su firma del Estatuto de Roma y ha establecido una campaña en contra de la CPI, argumentando que sus nacionales podrían ser objeto de persecuciones por motivos

²⁵ JIMÉNEZ PIERNAS C., Introducción, 2009, p. 420.

²⁶ La Corte Internacional de Justicia fue creada como órgano judicial “ex novo”, por los Estados que fundaron la ONU después de la Segunda guerra Mundial para sustituir a su predecesora la Corte Permanente de Justicia Internacional, con sede en La Haya. Comenzó a funcionar en el año 1946, y estuvo caracterizada por su vocación universal (cualquier estado de la Seguridad Internacional, miembro o no de la ONU, puede recurrir a ella) y su competencia general (puede abordar cualquier cuestión de Derecho Internacional); posee dos rasgos fundamentales, que es un medio de arreglo de controversias y que es el órgano judicial principal de la ONU (art. 7 carta ONU); por ello posee doble naturaleza: es voluntaria y consensual, ya que la competencia de la Corte depende de la voluntad de las partes, no es automática, y por otro lado es institucional y universal.

²⁷ GÓMEZ BENÍTEZ J.M., Cuadernos de Derecho Judicial del Poder Judicial, nº 7, 2001, pp. 13-14.

²⁸ JIMÉNEZ PIERNAS C., Introducción, 2009, p. 420.

políticos²⁹. En la actualidad, el Estatuto de Roma cuenta con 139 firmas y con 113 Estados miembros (ratificaciones)³⁰.

Desde la entrada en vigor en 2002, la Corte Penal Internacional ha recibido casi 500 denuncias, la mayoría de las cuales, según anunció el fiscal Luis Moreno Campo, se encuentra fuera de la jurisdicción de la CPI. Así estas múltiples denuncias que han sido remitidas a la Corte por un Estado Parte o por el Consejo de Seguridad, ha dado lugar a las actuales investigaciones de las situaciones en la República Democrática del Congo y en el norte de Uganda y al examen preliminar de las situaciones en la República Centro-Africana y en Darfur. Además varias situaciones adicionales son actualmente objeto de examen preliminar por la Fiscalía como resultado de los cientos de denuncias recibidas³¹.

III. CORRUPCIÓN INTERNACIONAL, POLÍTICA CRIMINAL Y AMPARO EN LA CORTE

El conjunto de normas y tratados internacionales previstos para la penalización de las conductas delictivas, se denomina Derecho de los "crímenes de trascendencia internacional" (*international crimes*), entre los cuales cabría distinguir "crímenes de derecho internacional" (*crimes under international law*), que son penalizados directamente por el Derecho internacional y por organismos internacionales (*como sucede con los delitos de lesa humanidad y demás crímenes internacionales reconocidos en el Estatuto de Roma*); del resto de los crímenes de trascendencia internacional, respecto de los cuales el Derecho internacional impondría únicamente obligaciones de implementación de la penalización de determinadas conductas conforme al derecho interno de cada Estado, como sucede típicamente con las Convenciones de Viena de 1998 y de Palermo de 2000, contra el Tráfico Ilícito de

²⁹ DAVID WIPPMAN, profesor de Derecho, Cornell Law School: No sobreestimar a la Corte Penal Internacional, Isonomía nº 20, abril 2004. www.cervantesvirtual.com/porta/doxa/isonomia.shtml, pp. 9-10.

³⁰ El 18 de agosto de 2010, Santa Lucía depositó el instrumento de ratificación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional en la Sede de la ONU, convirtiéndose así en el Estado Parte número 113 al tratado de la CPI.

³¹ El primer caso de la Corte Penal Internacional fue contra THOMAS LUBANGA DYILO, líder rebelde de RD Congo acusado de reclutar niños de menos de 15 años como soldados; El 27 de julio de 2004, el fiscal de la Corte Penal Internacional abrió una investigación sobre los crímenes cometidos en Uganda desde el 1 de julio de 2002, fecha de inicio de la jurisdicción de la Corte; en Sudán se han investigado por la CPI los casos BAHAR IDRIS ABU GARDA por crímenes de guerra en relación al ataque a un cuartel militar de la Misión de la Unión Africana en el norte de Darfur, en septiembre de 2007, y el caso OMAR AL-BASHIR por crímenes contra la humanidad en la región de Darfur.

Estupefacientes y contra la Delincuencia Organizada Transnacional, respectivamente³².

Evitar la impunidad de los crímenes internacionales y la corrupción instaurada sobre la implantación de aquellos, es la premisa mayor del Estatuto de Roma (ER). “La definición más comúnmente aceptada de impunidad se refiere a la ausencia de castigo por crímenes y delitos cometidos contra personas y bienes” afirma GRIFE ARIAS en “Reformas institucionales en materia de seguridad y sistemas judiciales en la lucha contra la impunidad en Iberoamérica”, para evitar lo cual se requiere la investigación de los hechos, la persecución por parte de las instituciones públicas competentes, la sanción justa por los jueces, la ejecución de la sanción y el resarcimiento a las víctimas, tanto en los aspectos morales como materiales estatal e internacional a través de la cooperación judicial y policial.

En este sentido, y ante la posibilidad de inclusión en la Corte Penal Internacional (CPI) de determinadas conductas, es preciso recalcar el compromiso de las instituciones para la inclusión de éstas como asociadas a los delitos perseguidos en el Estatuto de Roma, así, el crimen organizado, el blanqueo de dinero, la corrupción, el soborno, el tráfico de influencias y demás delitos socioeconómicos que demuestran a diario su influencia totalmente negativa en nuestras economías, con una clara y definida víctima: “la sociedad”, unido a la inevitable vinculación con los delitos más graves de lesa humanidad, narcotráfico, trata de seres humanos o agresión a nivel internacional. Así se representan las consecuencias negativas para nuestras sociedades que representan el crimen organizado, el blanqueo de dinero, la evasión impositiva y las vías utilizadas para su obtención y financiación: narcotráfico, trata de personas, esclavitud, armas, etc.; y las vías elegidas para el blanqueo de dinero con cuya inserción, a través de circuitos legales en nuestras sociedades, permite incrementar la existencia de demás delitos económicos: la corrupción, el tráfico de influencia, sobornos, de acuerdo con lo expuesto por ACKERMAN en “La corrupción y los gobiernos”.

El narcotráfico, es una actividad delictiva internacional que se ha convertido en un problema global, de creciente magnitud, que en algunos casos plantea una grave amenaza para la salud y el bienestar de los seres humanos, la seguridad internacional y la estabilidad y la soberanía de los Estados (Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, Viena, 20 de diciembre de 1988; CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS, Declaración de

³² WERLE, Tratado, p. 92 ss.

la Presidencia del Consejo de Seguridad).

Dada su gravedad creciente, surge la cuestión sobre si el narcotráfico podría considerarse un crimen de lesa humanidad en el ER de la CPI (A/CONF. 183/9, Roma, 17 de julio de 1998).

A lo largo de las distintas reuniones y negociaciones en torno a la elaboración del ER, el narcotráfico, estuvo presente en todos los debates. Las delegaciones de Barbados, Dominica, Jamaica y Trinidad y Tobago presentaron una propuesta formal de definición del delito de tráfico de drogas con el objeto de que quedara incorporado a la competencia material de la CPI (“Barbados, Dominica, Jamaica and Trinidad and Tobago: proposal regarding article 5”). Propuestas que continuaron posteriormente, con las delegaciones de India, Sri Lanka y Turquía, añadiendo la propuesta de inclusión tanto del delito de tráfico internacional de drogas, como el de terrorismo, como crímenes competencia de la CPI, dejando su definición en manos de una Comisión Preparatoria que se crearía posteriormente (“India, Sri Lanka and Turkey: Proposal Regarding Article 5”). Estas son solo algunas de las referencias a la falta de consenso y múltiples discusiones sobre tal inclusión.

Así, a pesar de que finalmente la jurisdicción de la CPI excluyera de forma expresa el narcotráfico, o el terrorismo, y se limitara al genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y el crimen de agresión, como anexo al Acta Final de la Conferencia Diplomática de Roma, se aprobó una resolución (Resolución E) en la que se destacaba la gravedad de los actos terroristas y del tráfico internacional de drogas ilícitas, recomendando que:

[...] en una Conferencia de Revisión [...] se examinen los crímenes de terrorismo y los relacionados con las drogas con miras a llegar a una definición aceptable y a que queden comprendidos en la lista de crímenes de la competencia de la Corte.

Sin embargo, persiste la creciente peligrosidad y poder y los graves problemas de seguridad que causan las organizaciones criminales dedicadas al narcotráfico en algunas regiones, así como la dificultad de perseguirlas de una forma eficaz, constituyendo en muchas ocasiones el medio, la causa o la finalidad del detonante de los delitos más graves explicitados en el ER; lo que ha provocado que desde diversos frentes se haya planteado la posibilidad de que actos de tráfico de drogas pudieran ser considerados crímenes de lesa humanidad conforme al ER. Esta propuesta aparece reforzada al constatar que determinados grupos criminales dedicados al narcotráfico o al terrorismo

cumplirían con los elementos contextuales de los crímenes de lesa humanidad o incluso susceptibles de inclusión como otros actos inhumanos que define el ER, al disponer de capacidad para llevar a cabo un ataque generalizado o sistemático contra la población civil de conformidad con una política fijada por la propia organización, tal y como sostiene FERRO ILARDO, relacionados con los delitos de asesinatos graves, secuestros, esclavitud sexual o prostitución forzada, lo que conllevaría a la aplicación del Estatuto por delitos de lesa humanidad, o como otros actos inhumanos.

Los delitos incluidos en el ER como Delitos de Lesa Humanidad, delitos aberrantes que conforman un plan meditado contra poblaciones no militares son: 1. Los homicidios dolosos (asesinatos); 2. El exterminio, privando a las comunidades del acceso a servicios o elementos básicos o imponiéndoles condiciones inhumanas de vida que los lleven paulatinamente a la desaparición (como había sucedido en el Holocausto); 3. Esclavitud; 4. Deportación de personas o su traslado de manera forzosa e ilegítima; 5. Privación ilegal de la libertad; 6. Tortura; 7. Delitos sexuales (violación, prostitución, esclavitud sexual, etcétera); 8. Persecución discriminatoria de grupos políticos, religiosos, raciales, de género, culturales, y otros; 9. Desaparición forzosa de personas; 10. Apartheid. Esta enumeración no es taxativa ya que comprende otros actos similares, inhumanos e intencionales, que ocasionen sufrimientos graves, o con el mismo carácter atenten contra la integridad de las personas tanto física como mental.

Las consecuencias de la corrupción, son actos que atentan contra la integridad física y la salud física de las comunidades “actos inhumanos de gravedad similar a otros crímenes contra la humanidad”.

Así, los criterios delimitadores la calificación de un acto como crimen de lesa humanidad según el Artículo 7 Estatuto, requiere que: 1. exista un ataque dirigido contra una población civil, que, 2. Se lleve a cabo de conformidad con la política de un Estado o de una organización, 3. tenga una naturaleza generalizada o sistemática, 4. que exista un nexo entre el acto imputado y el ataque contra la población civil, y 5. que el individuo realice el acto con conocimiento de dicho ataque.

Y por su parte y en relación al artículo 7.1.k Estatuto, son constitutivos de crímenes de lesa humanidad aquellos “actos inhumanos de carácter similar” a cualquier otro de los actos previstos en el Artículo 7.1 Estatuto “que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física”. Se trata por tanto de una categoría residual de crímenes de lesa humanidad, que

debe interpretarse de forma estricta. Actos inhumanos que deben ser constitutivos de graves violaciones del Derecho Internacional Consuetudinario y los derechos fundamentales del ser humano y han de tener una naturaleza y gravedad similar a la de las otras categorías de actos previstos en el Artículo 7.1 ER.

En cuanto a las consecuencias, se exige que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física (ROBINSON).

Así, los actos de tráfico de drogas no cumplen *per se* con los requisitos de la categoría de “otros actos inhumanos” contenida en el Artículo 7.1.k ER, ni en las otras categorías de actos recogidas en el Artículo 7.1.a-j ER, por lo que no pueden ser considerados como crímenes de lesa humanidad en el marco del mentado ER.

Sin embargo, la creciente peligrosidad y poder, y los graves problemas de seguridad que causan las organizaciones criminales dedicadas al narcotráfico en algunas regiones, así como la dificultad de perseguirlas de una forma eficaz, han provocado que determinados actos de tráfico de drogas y de terrorismo organizado puedan ser considerados crímenes de lesa humanidad conforme al ER, teniendo en cuenta que existen determinados grupos criminales que cumplirían con los elementos contextuales de los crímenes de lesa humanidad, al disponer de capacidad para llevar a cabo un ataque generalizado, masivo o sistemático contra la población civil de conformidad con una política fijada por la propia organización³³.

Por tanto, para que miembros de organizaciones criminales dedicadas al narcotráfico puedan ser responsables de crímenes de lesa humanidad deben llevar a cabo, además de los actos de tráfico ilícito de estupefacientes a los que habitualmente se dedican, otro tipo de actividades (por ejemplo, asesinatos, secuestros, esclavitud sexual o prostitución forzada), que sí puedan ser consideradas actos constitutivos de crímenes de lesa humanidad conforme al Artículo 7.1 ER.

IV. CONCLUSIÓN

La corrupción es un fenómeno mundial y multifactorial, pues su existencia obedece a distintas necesidades individuales y colectivas de los ciudadanos, y los corruptos siempre existirán, ya sea por motivaciones económicas, políticas, territoriales, demográficas o por la influencia del tráfico de drogas en determinadas economías

³³ CUENCA CURBELO, S. Vol1, 2013, pp. 105-134.

regionales. Lo que debe cambiar son los mecanismos de control de los estados y la penalización efectiva de estos delitos con la coordinación internacional y la voluntad de paralización de determinadas prácticas.

Por tanto los mecanismos de prevención o eliminación de la corrupción, debe ser “institucional”, a través de reformas legales para una mejor tipificación de los delitos; reformas procesales penales; fortalecimiento de las instituciones; rendición de cuentas y transparencia de la gestión pública; mecanismos de coordinación interinstitucionales; mecanismos de coordinación internacional (Oficinas anticorrupción; acceso a la información pública; fiscalización especializadas, transparencia en los procesos de contratación del Estado; mecanismos de coordinación interinstitucional para la lucha contra el narcotráfico y el crimen organizado).

BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN ROSE, S., La corrupción y los gobiernos, Buenos Aires, Siglo XXI, 2001.
- BACIGALUPO, Jurisdicción penal nacional y violaciones masivas de derechos humanos cometidas en el extranjero, El Derecho penal internacional, Cuadernos de Derecho Judicial, 2001.
- La ciencia europea del derecho penal, Seminario Escuela de Verano Poder Judicial, Galicia 1999.
- BASSIOUNI, Ch., Introduction to international criminal law, New York, 2003
- International Crimes: The *Ratione Materiae* of International Criminal Law, en: BASSIOUNI, M. C., Derecho Penal Internacional, Proyecto de Código Penal Internacional, Trad. de la Cuesta Arzamendi, Tecnos, Madrid, 1984.
- BUENO ARÚS, F./ZARAGOZA, M. Manual de Derecho Penal Internacional, Madrid, 2003.
- DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, M., Instituciones de Derecho Internacional Público, 17 ed., Tecnos, Madrid, 2009,.
- GIL GIL, A, El genocidio y otros crímenes internacionales, Valencia, UNED, 1999.
- JIMÉNEZ PIERNAS C., Introducción al derecho Internacional Público, Tecnos, Madrid, 2009.
- LAURENZO COPELLO, Hacia la corte penal internacional: los aspectos penales del Estatuto de Roma, Jueces para la Democracia, 2000.
- DELGADO, L. /MARTÍN MARTÍNEZ, La Corte penal internacional: justicia versus impunidad, Barcelona, Ariel, 2001.
- SCHARF, The theory and practice of international criminal law Essays In Honor Of M. Cherif Bassiouni, 2008.
- REVISTA ELECTRÓNICA DE CIENCIA PENAL Y CRIMINOLOGÍA: Publicación de 4 de julio de 2002 de Jorge Luis COLLANTES; y publicación de 10 de diciembre de 2008 de Alfredo LIÑÁN LAFUENTE.
- CUADERNOS POLÍTICA CRIMINAL
- CUADERNOS DE DERECHO JUDICIAL DEL PODER JUDICIAL

* * * * *

Victoria Gallego Martínez

Juez Sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Socia FICP.

~Breve estudio sobre el proyecto de la Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica en materia de interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas~

Resumen.- El presente trabajo trata de realizar un breve estudio de las novedades que pretenden incorporarse en la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas

I. INTRODUCCIÓN

Una de las diligencias de investigación más invasivas desde el punto de vista de la afectación de derechos fundamentales viene constituida por la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas. A pesar de ello y de afectar a derechos fundamentales como es el secreto de las comunicaciones y por ende al derecho a la intimidad, la regulación en la Ley de Enjuiciamiento Criminal vigente en materia del interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas es realmente parca y obsoleta contenida en un único precepto, el art. 579 apartados 2 y 3 LECrim.

No debe olvidarse que la actual Ley de Enjuiciamiento Criminal fue promulgada en 1882 fecha caracterizada prácticamente por la inexistencia de tecnología, pues el teléfono fue inventado en 1971. De entonces hasta la fecha la técnica ha avanzado de forma considerable resultando totalmente insuficiente la regulación en la materia ante los avances en las telecomunicaciones. Insuficiencia que se hace más patente desde la promulgación en 1978 de la Constitución con la promulgación de los derechos fundamentales a la intimidad y al secreto de las comunicaciones. No obstante dicha evolución tecnológica no ha obtenido paralela respuesta legislativa, no habiéndose adaptado la regulación a las nuevas épocas supliéndose dicha carencia a través de la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo que han consolidado las pautas exegéticas en la materia.

Actualmente no se concibe el mundo sin el uso de las nuevas tecnologías especialmente en materia de comunicación. Dichas tecnologías son utilizadas por las nuevas formas de delincuencia que adaptan su actuar a las evoluciones de aquéllas. No obstante ello, y desde la otra cara de la moneda, se constituyen en herramientas

imprescindibles en la investigación de aquellas formas de delincuencia eso sí, sometidas a límites derivados de la concepción de un estado Social y Democrático de Derecho.

Con la finalidad de terminar con la situación actual, se ha aprobado el Proyecto de la Ley Orgánica de Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal incluyendo una regulación de las medidas de investigación tecnológica que afectan limitando los derechos a la intimidad, al secreto de las comunicaciones y a los datos personales garantizados por la Constitución en los artículos 18 y 24 CE. Tratando de encontrar "un delicado equilibrio entre la capacidad del Estado para hacer frente a una fenomenología criminal de nuevo cuño y al espacio de exclusión que nuestro sistema constitucional garantiza a cada ciudadano frente a terceros¹"

La Exposición de Motivos de la citada Ley hace hincapié en la insuficiente y obsoleta normativa existente sobre la materia reconociendo que hasta la fecha han sido los jueces y tribunales quienes han definido los límites del Estado en la investigación del delito estableciendo las pautas en las que las injerencias en los derechos fundamentales a la intimidad debían ser consideradas legítimas.

II. INTERCEPTACIÓN DE LAS COMUNICACIONES TELEFÓNICAS Y TELEMÁTICAS

1. Estado actual de la cuestión

El art. 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 establece que toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y correspondencia (correspondencia en sentido amplio, incluyendo las comunicaciones telefónicas) y, en su número 2 añade que “no puede haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta interferencia esté prevista por la Ley y constituya una medida necesaria, en una sociedad democrática, para el mantenimiento de la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales..o la protección de los derechos y libertades de los demás”.

¹ Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Orgánica de Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.

Asimismo la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, establece el valor jurídico de los principios generales del Derecho Comunitario, cabiendo su invocación ante el Tribunal de Justicia y en el art. 7 se establece que “toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones”; y el art. 6 del Tratado de Lisboa, firmado el 13 de diciembre de 2007 declara que “la unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales”- la LO 1/2008, de 30 de julio autorizó su ratificación por España.

Los anteriores textos internacionales constituyen a tenor del art. 10.2 CE parámetros para la interpretación de los derechos fundamentales y libertades.

Por su parte, el art. 18.3 de la Constitución Española establece que “se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”. Dicho precepto no protege exclusivamente el secreto de las comunicaciones “íntimas”, sino cualquier clase de comunicación, con independencia de su contenido material, por ello se proclama por la doctrina el carácter “formal” de este derecho fundamental. Se protege no sólo el contenido, lo comunicado, sino también el continente – los datos externos del proceso comunicativo, es decir, el proceso de comunicación mismo, señalándose la autonomía del derecho al secreto de las comunicaciones respecto del derecho a la intimidad- SSTC 230/2007, 123/2002, 70/2002.

El desarrollo de dicho precepto constitucional se encuentra actualmente en el art. 579.2 y 3 de la LECrim. El art. 579.2 dice que

“asimismo, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa”. Y el núm. 3 añade “de igual forma, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogables por iguales periodos, la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos”.

El TS de 28-02-2007, núm. 155/2007, ha tildado dicha regulación, no sin razón, de “raquítica e insuficiente”, regulación que ha sido censurada en varias SSTEDH entre otras, en la de 18 de febrero de 2003 -Prado Bugallo vs. España-.

El secreto de las comunicaciones se encuentra, como hemos indicado garantizado por la Constitución Española en su artículo 18.3. Se trata de un concepto rigurosamente formal, y “se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido” (SSTC 34/1996, de

11 de marzo, FJ 4), siendo el objeto directo de protección el proceso de comunicación en libertad y no por sí solo el mensaje transmitido y ello atendiendo a la evidente vulnerabilidad de las comunicaciones realizadas en canal cerrado a través de la intermediación técnica de un tercero. Se pretende con ese derecho que todas las comunicaciones, incluidas las electrónicas (STC 142/2012, FJ 3), puedan realizarse con libertad.

En cuanto al ámbito de cobertura de protección, viene señalándose de forma reiterada que no resulta oponible tal derecho frente al que tomó parte en dicha comunicación. Lo que garantiza la Constitución es su impenetrabilidad por parte de terceros. Por ello recuerda la STC 142/2012, de 2 de julio, FJ 3, el derecho consagra la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídico de las comunicaciones ajenas, por lo que dicho derecho puede resultar vulnerado tanto por la interceptación, en sentido estricto, consistente en la aprehensión física del soporte del mensaje, con conocimiento o no del mismo, o la captación del proceso de comunicación, como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado a través de la apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario o de un mensaje emitido por correo electrónico o a través de la telefonía móvil, por ejemplo.

Por otro lado, el concepto de secreto de la comunicación, ampara no solo el contenido de la comunicación en sí, sino también otros aspectos accesorios de la misma, como la identidad subjetiva de los interlocutores, por lo que el derecho quedará también afectado en aquéllos supuestos de entrega de los listados de llamadas telefónicas por las compañías de telefonía, así como también por el acceso al registro de llamadas entrantes y salientes grabadas en un teléfono móvil (vid .SSTC 114/1984, de 29 de noviembre; 123/2002, de 20 de mayo; 56/2003, de 24 de mayo y, 230/2007, de 5 de noviembre, FJ 2, o las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2 de agosto de 1984, caso Manole c. Reino Unido, 84 y de 3 de abril de 2007, caso Copland c. Reino Unido, 43).

El derecho al secreto de las comunicaciones en cualquier caso, no tiene carácter absoluto, pues puede estar sujeto a limitaciones y restricciones, que deben estar previstas por la ley en función de intereses que puedan ser considerados prevalentes según los criterios propios de un Estado democrático de derecho. Para que tales restricciones puedan hacerse efectivas, es preciso que, partiendo de la necesaria habilitación legal, existan datos que en cada caso concreto pongan de manifiesto que la

medida restrictiva del derecho es proporcional al fin pretendido, que este fin es legítimo y que es necesaria en función de las circunstancias de la investigación y del hecho investigado.

2. Regulación en el proyecto de modificación de la LECrim

Se contiene la regulación de la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas en los capítulos IV y V integrados en el Título VIII del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal arts. 588 bis a) y siguientes

El Capítulo IV contiene las Disposiciones comunes a la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas; la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos; utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de imagen; registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y registros remotos sobre equipos informáticos, definiendo los principios rectores, los requisitos de las solicitudes y resoluciones judiciales y la forma de controlar las medidas así como la utilización de la información en distinto procedimiento y el destino de los registros.

La interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas se contiene de forma específica en el Capítulo V, que aparece estructurado en tres secciones distintas; la primera, recogiendo las disposiciones generales, arts. 588ter a) a 588 ter i); la Sección 2ª referida a la incorporación al proceso de datos electrónicos de tráfico o asociados comprende un único artículo, 588 ter j) y, la Sección 3ª, relativa al acceso a los datos necesarios para la identificación de usuarios, terminales y dispositivos de conectividad, incluye los arts. 588 ter k) a 588 ter m).

En el presente caso nos centraremos en el estudio y análisis de las disposiciones generales.

3. Disposiciones comunes a la totalidad de las medidas y particulares de la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas

a) Principios generales

Se establece en primer lugar, en el artículo 588 bis a)² los principios rectores, viniendo a reproducir los requisitos que hasta la fecha venía exigiendo el Tribunal

² Art. 588 bis a). Principios rectores. 1. Durante la instrucción de las causas se podrán adoptar alguna de las medidas de investigación reguladas en el presente capítulo siempre que medie autorización judicial dictada con plena sujeción a los principios de especialidad, excepcionalidad, idoneidad, necesidad y

Constitucional en la materia para dotar de validez a la diligencia y por consiguiente para poder llegar a servir de prueba: judicialidad, especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad. Y es que como fuente de prueba y medio de investigación, las medidas deben respetar aquéllas exigencias de legalidad constitucional, cuya observancia es del todo punto necesaria para la validez de la intromisión en la esfera de la privacidad de las personas.

Viene por tanto a reproducir los principios que de forma reiterada ha establecido tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto.

Así por ser una medida que afecta al derecho a la intimidad, especialmente protegido, la Constitución y el Convenio Europeo de Derechos Humanos reclaman siempre, de manera inderogable, que la injerencia responda a un complejo y exigente estándar de proporcionalidad que implica: a) que la medida esté prevista en la Ley; b) que resulte idónea para la consecución de los fines que la justifican, necesaria en cuanto la evidencia no puede obtenerse por medio de otros mecanismos con menos carga de lesividad; c) que entre la lesión del derecho fundamental y la finalidad perseguida se identifique un razón justificativa del sacrificio suficientemente seria; d) y que, de manera acentuada en nuestro sistema constitucional, la medida se ordene por la autoridad judicial con base a buenas razones justificativas que patenten la concurrencia de los anteriores presupuestos – entre otras SSTEDH, Bykov c. Rusia, de 10-03-2009; Szuluk c. Reino Unido, de 2-09-2009; Uzun c. Alemania de 2-09-2010, Viozel Burzo c. Rumanía de 30-09-2009; Xavier da Silveira c. Francia de 21-04-2010, Mengesha c. Suiza de 29-07-2010; Raducu c. Rumanía de 21-07-2009 y SSTC 87/2001, 22/2003, 184/2003; 136/2006, 66/2009, 128/2011.

proporcionalidad.2.- El principio de especialidad exige que la medida esté relacionada con la investigación de un delito concreto. Las medidas de investigación tecnológica prospectivas sobre la conducta de una persona o grupo están prohibidas. 3. El principio de idoneidad servirá para definir el ámbito objetivo y subjetivo y la duración de la medida en virtud de su utilidad. 4. En aplicación de los principios de excepcionalidad y necesidad solo podrá acordarse la medida: a) cuando no estén a disposición de la investigación, en atención a sus características, otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales del investigado o encausado e igualmente útiles para el esclarecimiento del hecho, o b) cuando el descubrimiento o la comprobación del hecho investigado, la determinación de su autor o autores, la averiguación de su paradero, o la localización de los efectos del delito se vea gravemente dificultada sin el recurso a esta medida. 5. Las medidas de investigación reguladas en este capítulo solo se reputarán proporcionadas cuando, tomadas en consideración todas las circunstancias del caso, el sacrificio de los derechos e intereses afectados no sea superior al beneficio que de su adopción resulte para el interés público y de terceros. Para la ponderación de los intereses en conflicto, la valoración del interés público se basará en la gravedad del hecho, su trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho.

Del principio de la judicialidad de la medida se derivan las siguientes consecuencias: a) solo la autoridad judicial competente puede autorizar el sacrificio del derecho a la intimidad; b) el sacrificio lo será con la finalidad de proceder a la investigación de un delito concreto y a la detención del responsable, descartándose intervenciones predelictuales o de prospección. En esta materia se rige por el principio de especialidad en la investigación; c) precisamente por ello deberá efectuarse en el marco de un proceso penal abierto, rechazándose la técnica de las llamadas Diligencias indeterminadas. d) la resolución judicial habilitante deberá adoptar la forma de auto y tener suficiente motivación. Dicha motivación no solo se exige de la resolución inicial así como de las sucesivas prórrogas y, e) exigencia de control judicial en el desarrollo, prórroga y cese de la medida.

El principio de excepcionalidad implica que la medida no supone un medio normal de investigación sino excepcional y siendo una medida limitativa de un derecho fundamental, su uso deberá realizarse con carácter limitado. En la práctica la petición se efectuará al inicio de la investigación judicial, pero se exige que e acredite una previa y suficiente investigación policial que para avanzar precisa, por las dificultades del caso concreto, de la intervención telefónica, por lo que la excepcionalidad se contempla con las notad de idoneidad y necesidad y subsidiariedad formando un todo inseparable.

Finalmente la proporcionalidad, exige como consecuencia de la excepcionalidad de la medida, una gravedad acorde y proporcionada acorde a los delitos a investigar. Sólo en relación a la investigación de delitos graves, será adecuado el sacrificio de la vulneración de los derechos fundamentales para facilitar su descubrimiento.

b) Presupuestos, ámbito y extensión

Los presupuestos para la autorización de la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas se contienen en el art. 588 ter a) y por vez primera se limita la autorización a la investigación de determinados delitos: los del art. 579 (delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de al menos tres años de prisión, los cometidos en el seno de organizaciones criminales y los de terrorismo) o los delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación.

En cualquier caso y dados los intereses en conflicto y las disposiciones comunes, parece que la gravedad del delito a que se refiere el art. 588 bis a) para adoptar la

medida restrictiva de derechos no se equipara a la calificación de delitos contenida en el art. 33 CP, donde los delitos graves son aquéllos sancionados con penas de prisión de más de cinco años.

En cuanto al ámbito de aplicación, el art. 588 ter b) comienza señalando que los terminales o sistemas de comunicación objeto de intervención han de ser aquéllos que ocasional o habitualmente utiliza el investigado, lo que obligará a definir qué se entiende por "ocasional".

En cualquier caso, y a pesar de aquélla previsión, el art. 588 bis h)³, dentro de las disposiciones comunes, contempla expresamente la posibilidad de que las medidas limitativas de los derechos fundamentales que puedan adoptarse en el seno de un procedimiento puedan afectar a terceras personas. Tal expresión "terceras personas" parece referirse a personas ajenas al investigado o inculpado lo que confirma el art. 588 ter c) que permite la intervención de las comunicaciones emitidas desde terminales o medios de comunicación telemática pertenecientes a una persona siempre que: a) exista constancia de que el sujeto investigado se sirve de aquélla para transmitir o recibir información o, b) el titular colabora con la persona investigada en sus fines ilícitos o se beneficia de su actividad. Y va más allá, ampliando la posibilidad de la intervención "cuando el dispositivo objeto de investigación sea utilizado maliciosamente por terceros por vía telemática, sin conocimiento de su titular" lo que parece requerir previa denuncia del titular o cuando menos, una investigación previa que lo descarte como posible sujeto a investigar.

Relacionando este precepto con el art. 588 ter b) parece que el terminal o sistema de comunicación objeto de interceptación, cuando sea utilizado por el investigado de forma ocasional, será porque pertenece a una tercera persona, y para que la limitación le afecte, deberán cumplirse alguno de los requisitos previstos en el art. 588 ter c) que acabamos de referir.

Finalmente y por lo que se refiere a la extensión de la interceptación, además de los terminales o sistemas de comunicación podrá solicitarse y autorizarse "el acceso al contenido de las comunicaciones y a los datos electrónicos de tráfico y asociados al proceso de comunicación, así como a los que se produzcan con independencia del

³Art. 588 bis h). Afectación de terceras personas. Podrán acordarse las medidas reguladas en los siguientes capítulos aun cuando afecten a terceras personas en los casos y con las condiciones que se regulan en las disposiciones específicas de cada una de ellas.

establecimiento o no de una llamada, en los que participe el sujeto investigado, ya sea como emisor o, como receptor, y podrá afectar a los terminales de los que el investigado sea titular o usuario."

c) Requisitos solicitud autorización judicial

Se regula por vez primera los requisitos que debe cumplir la solicitud de autorización judicial de cualquiera de estas medidas con carácter general en el art. 588 bis b)⁴ siguiendo la doctrina establecida ya al respecto. Asimismo en el art. 588 ter d) para el supuesto concreto de interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas concreta que deberá, además, identificarse el número de abonado, del terminal o de la etiqueta técnica, la identificación de la conexión objeto de intervención o los datos necesarios para la identificación del medio de telecomunicación de que se trate. Y finalmente, deberá concretar la extensión de la medida que podrá recaer sobre cualquiera de los siguientes extremos: a) el registro y grabación del contenido de la comunicación; b) el conocimiento de su origen o destino, en el momento en que se realiza; c) la localización geográfica del origen o destino; d) el conocimiento de otros datos de tráfico asociados o no asociados pero de valor añadido a la comunicación en cuyo caso deberá, la solicitud especificar los datos concretos para cuya obtención interesa la solicitud.

Se infiere la exigencia de una "previa investigación" debiendo exponerse en la solicitud en qué ha consistido y cuál ha sido su resultado, los indicios de criminalidad que hayan revelado, los datos de los investigados y las razones que justifican la necesidad de la medida.

Los datos que deben incluirse en la solicitud consistirán en la expresión de la noticia racional del hecho delictivo a comprobar y la probabilidad de su existencia, así como de la posible implicación de la persona cuyo teléfono es objeto de la intervención.

⁴ Art. 588 bis b). Solicitud de autorización judicial. 1. El juez podrá acordar las medidas reguladas en este capítulo de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de la Policía Judicial. 2. Cuando el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial soliciten del juez de instrucción una medida de investigación tecnológica, la petición habrá de contener; 1º- la descripción del hecho objeto de investigación y la identidad del investigado o de cualquier otro afectado por la medida, siempre que tales datos resulten conocidos. 2º. La expresión detallada de las razones que justifiquen la necesidad de la medida, así como los indicios de criminalidad que se hayan puesto de manifiesto durante la investigación previa a la solicitud de autorización del acto de injerencia. 3º.- Los datos de identificación del investigado o encausado y, en su caso, de los medios de comunicación empleados que permitan la ejecución de la medida. 4º.- La extensión de la medida con especificación de su contenido. 5º.- La unidad investigadora de la Policía judicial que se hará cargo de la intervención. 6º. La forma de ejecución de la medida. 7º.- La duración de la medida que se solicita. 8º. El sujeto obligado que llevará a cabo la medida, en caso de conocerse.

Tales datos deberán tener una objetividad suficiente, no resultando a tal fin la mera intuición policial o conjeturas. La objetividad de los datos lo será en un doble sentido: el de ser accesibles a terceros y, singularmente, al Juez que deba autorizar la medida. Lo contrario impediría todo posible control judicial.

Esos datos habrán de proporcionar asimismo una base real suficiente para poder estimar que se ha cometido o se va a cometer el delito que se investiga y de la posible implicación de la persona concernida.

Los indicios de criminalidad deberán ser posteriormente valorados por la autoridad judicial a fin de resolver sobre la medida de investigación interesada.

Al respecto recordar cómo ya el Tribunal Supremo había señalado (SSTS 9-10-2008) que es preciso que consten los indicios que el órgano jurisdiccional ha tenido en cuenta como apoyo para considerar razonable y fundada la sospecha acerca de la comisión de un delito y de la participación en él del sospechoso. Es de tener en cuenta, como recuerda la STS de 25 de octubre de 2002, que en el momento inicial del procedimiento, en el que ordinariamente se acuerda la intervención telefónica, no resulta exigible una justificación fáctica exhaustiva, pues se trata de una medida adoptada, precisamente, para profundizar en una investigación no acabada (STS 1240/1998, de 27 de noviembre y STS 1018/1999, de 30 de septiembre), por lo que únicamente pueden conocerse unos iniciales elementos indiciarios. Pero sin duda han de ser superadas las meras hipótesis subjetivas o la simple plasmación de la suposición de la existencia de un delito o de la intervención en él de determinada persona, pues en ese caso la integridad de la esfera de intimidad protegida por un derecho fundamental dependería exclusivamente de la voluntad del investigador, sin exigencia de justificación objetiva de ninguna clase, lo que no es tolerable en un sistema de derechos y libertades efectivos.

Tales indicios han de ser entendidos como datos objetivos, que por su naturaleza han de ser susceptibles de verificación posterior, que permitan concebir sospechas que puedan considerarse razonablemente fundadas acerca de la existencia misma del hecho que se pretende investigar, y de la relación que tiene con el mismo la persona que va a resultar directamente afectada por la medida. Han de ser objetivos “en un doble sentido. En primer lugar, en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control. Y, en segundo lugar, en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o se va a cometer el delito sin que puedan consistir

en valoraciones acerca de la persona” (STC 184/2003, de 23 de octubre). Y su contenido ha de ser de tal naturaleza que “permitan suponer que alguien intenta cometer, está cometiendo o ha cometido una infracción grave o en buenas razones o fuertes presunciones de que las infracciones están a punto de cometerse (Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de septiembre de 1978, caso Klass, y de 15 de junio de 1992, caso Ludí) o, en los términos en los que se expresa el actual art. 579 LECrim, en “indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa (art. 579.1 LECrim) o, “indicios de responsabilidad criminal” (art. 579.3 LECrim) (SSTC 49/1999 de 5 de abril, F.8; 166/1999, de 27 septiembre, F.8; 171/1999, de 27 septiembre F.8; 299/2000, de 11 de diciembre, F.4; 14/2001, de 29 enero, F.5; 138/2001, de 18 junio, F.3; 202/2001, de 15 octubre F.4) (STC 162/2002, de 18 septiembre)

En definitiva, la decisión debe adoptarse teniendo en cuenta la existencia de indicios y no de meras suposiciones o conjeturas (STS 54/1996, 181/2003), exigencia troncal, en la medida en que de su cumplimiento pende la propia validez del acto investigativo, e impone al Juez, como se destaca entre otras muchas en la STS de 30 de noviembre de 2011 y 16 diciembre de 2011, no un acto de fe respecto a lo que la policía le comunica, sino un juicio crítico sobre la calidad de dichos datos, de dichas informaciones. De tal manera no pueden bastar meras afirmaciones desnudas sobre la posible existencia de un delito en preparación o en curso. Como establece la STS de 30 de noviembre de 2011,

“...no es suficiente que quien solicita la medida comunique, sobre la base de sus noticias o informaciones, que sabe o cree saber que el sospechoso ha cometido, está cometiendo o va a cometer un delito, o que ha practicado una investigación y que exponga a continuación sus conclusiones. Por el contrario, es preciso que traslade al Juez las razones de tal afirmación, o el contenido de aquella indagación en su integridad, identificando las diligencias practicadas y los datos objetivos relevantes, alcanzados como su resultado, pues precisamente esos elementos son los que deben ser valorados por el Juez para decidir acerca de la consistencia de los indicios y de la necesidad y proporcionalidad de la restricción del derecho fundamental que le es solicitada”. Y como mantiene la STC 197/2009, “...el Tribunal ha considerado insuficiente la mera información de la existencia de una investigación previa, sin especificar en qué consiste, ni cuál ha sido su resultado por muy provisional que éste pueda ser...”.

Las exigencias de protección de los derechos fundamentales en juego impiden que meras conjeturas o pronósticos de eficacia prospectiva puedan servir para fundamental su lesión.

Por su parte el Tribunal Constitucional señalaba que, entre los requisitos imprescindibles para que una intervención telefónica ordenada por resolución judicial

no constituya intromisión ilegítima en el derecho al secreto de las comunicaciones, figura la necesaria identificación en aquélla del número o números de teléfono a intervenir, y su vinculación con las personas investigadas. Así la STC 165/2005, establece que “la resolución judicial en la que se acuerda la medida de intervención telefónica o su prórroga debe expresar o exteriorizar las razones fácticas y jurídicas que apoyan la necesidad de la intervención, esto es, cuáles son los indicios que existen acerca de la presunta comisión de un hecho delictivo grave por una determinada persona, así como determinar con precisión el número o números de teléfono y personas cuyas conversaciones han de ser intervenidas, que, en principio, deberán serlo las personas sobre las que recaigan los indicios referidos, el tiempo de duración de la intervención, quiénes han de llevarla a cabo y cómo, y los períodos en los que deba darse cuenta al Juez para controlar su ejecución. Así pues también se deben exteriorizar en la resolución judicial, entre otras circunstancias, los datos o hechos objetivos que puedan considerarse indicios de la existencia del delito y la conexión de la persona o personas investigadas con el mismo, indicios que son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento. Esto es, sospechas fundadas en alguna clase de dato objetivo”.

En este extremo debe señalarse que si bien se determinan los requisitos formales de la solicitud, y se hace referencia a que se presentará ante el juez de instrucción, nada se dice sobre el juez que debe estimarse competente para resolver sobre dicha solicitud cuestión sobre la que se han planteado diversos problemas.

Finalmente, el art. 588 ter d) en su número 3 reproduce el actual art. 579.4 LECrim en cuanto a la posibilidad de adoptar la medida sin el previo control judicial, por orden del Ministerio del Interior o del Secretario de Estado de seguridad, para los supuestos de delitos relacionados con las bandas armadas o elementos terroristas en caso de urgencia cuando existan razones fundadas que hagan imprescindible la medida en cuyo caso deberá comunicarse la adopción de la misma al juez competente “inmediatamente si bien añade o en todo caso “dentro del plazo máximo de 24 horas haciendo constar las razones que justificaron la adopción de la medida, la actuación realizada, la forma en que se ha efectuado y su resultado”. El juez competente revocará o confirmará la actuación de forma motivada en un plazo de 72 horas desde que fue ordenada.

d) Resolución judicial

El art. 588 bis c)⁵ establece la necesidad de pronunciamiento judicial sobre la solicitud, así como la necesidad de previa audiencia al Ministerio Fiscal (sin distinguir si sea éste o no el instante de la solicitud). La resolución deberá dictarse en el plazo máximo de las 24 horas siguientes a la presentación.

No obstante, deja pie a un plazo superior e indeterminado "cuando resulte necesario para resolver sobre el cumplimiento de algunos de los requisitos expresados en los artículos anteriores" en cuyo caso, con interrupción del plazo referido, podrá requerir "una ampliación o aclaración de los términos de la solicitud". Parece estar contemplando por tanto aquéllos supuestos en los que la solicitud presentada, bien por la Policía Judicial bien por el Ministerio Fiscal, adolezca de alguna deficiencia puntual (no se ha concretado la unidad de investigación que se hará cargo de la investigación, existencia de errores en cuanto a los investigados o encausados etc.) puesto que en el caso que considere que la investigación previa es del todo insuficiente o incluso inexistente o que los indicios de criminalidad referidos por el instante no existen como tales, lo lógico será el dictado de la resolución denegando la medida.

Se indica también el contenido mínimo de la resolución habilitando la medida de investigación, concretando el hecho punible y su calificación jurídica, expresión de los indicios racionales, identidad de los investigados y de otros afectados por la medida, la extensión de la medida, duración, finalidad perseguida y forma y periodicidad con la que el solicitante informará al juez sobre los resultados de la medida.

En la resolución el juez deberá valorar los intereses en conflicto, la gravedad de los hechos, su trascendencia social o ámbito tecnológico de producción, la intensidad de los indicios y la relevancia del resultado perseguido.

⁵Art. 588 bis c). Resolución judicial. 1. El juez de instrucción autorizará o denegará la medida solicitada mediante auto motivado, oído el Ministerio Fiscal. Esta resolución se dictará en el plazo máximo de 24 horas desde que se presente la solicitud. 2. Siempre que resulte necesario para resolver sobre el cumplimiento de alguno de los requisitos expresados en los artículos anteriores, el juez podrá requerir, con interrupción del plazo a que se refiere el apartado anterior, una ampliación o aclaración en los términos de la solicitud. 3. La resolución judicial que autorice la medida concretará al menos los siguientes extremos: a) el hecho punible objeto de investigación y su calificación jurídica, con expresión de los indicios racionales en los que funde la medida. b) la identidad de los investigados y de cualquier otro afectado por la medida, de ser conocido. c) la extensión de la medida de injerencia, especificando su alcance. d) la unidad investigadora de Policía Judicial que se hará cargo de la intervención. e) la duración de la medida. f) la forma y la periodicidad con la que el solicitante informará al juez sobre los resultados de la medida. g) la finalidad perseguida con la medida.

Es fundamental la valoración que se realice en la primera resolución adoptando la medida interesada, ya que, si esta fuera calificado como ilícito, ello acarrearía la ilicitud de las ulteriores escuchas o intervenciones fundadas en datos conocidos a partir de la ilícita intervención inicial, por evidente conexión de la antijuricidad, con arreglo al art. 11.1. de la LOPJ, tal y como se indica, por ejemplo en las Sentencias del Tribunal Supremo núm. 985/05, de 22 de julio, 719/2005, de 6 de junio, 530/2004, de 29 de abril, 498/2003, de 24 de abril, 1643/2001, de 24 de septiembre.

e) Secreto

En todo caso, se indica con carácter general para la totalidad de medidas en el art. 588 bis d) que las solicitudes y las actuaciones posteriores relativas a la medida, se sustanciarán en una pieza separada y secreta, sin necesidad de que se acuerde expresamente el secreto de la causa. Esto último supone una importante novedad, en cuanto a la no necesidad de pronunciamiento expreso sobre el secreto de las actuaciones. No obstante, en la práctica y por lógica tales actuaciones gozaban siempre de la condición de secretas pues carece de sentido que siendo las actuaciones judiciales públicas para los intervinientes, se les diera traslado de la resolución autorizante de la interceptación de sus comunicaciones .

En cualquier caso el precepto planteará problemas pues si bien se afirma que la pieza separada será secreta sin necesidad de que se acuerde expresamente, nada se dice de la causa principal que por pura lógica exigirá asimismo el carácter secreto.

En particular respecto de las comunicaciones telefónicas y telemáticas el art. 588 ter i) precisa que alzado el secreto -lo que implica resolución expresa al efecto y no casa bien con la innecesariedad de su declaración expresa- y expirada la vigencia de la medida se entregará a las partes copia de las grabaciones y de su transcripción con exclusión de los "datos referidos a aspectos de la vida íntima de las personas" haciéndose constar expresamente en su caso la no inclusión de los mismos fijando un plazo para su examen en función del volumen de la información. Dentro de dicho plazo las partes podrán, no obstante lo anterior, solicitar "la inclusión en las copias de aquellas comunicaciones que entienda relevantes y hayan sido excluidas" en referencia a los datos referidos a los aspectos de la vida íntima, únicos cuya exclusión se prevé. El juez "oídas o examinadas por sí esas comunicaciones decidirá sobre su exclusión o incorporación a la causa" de lo que parece inferirse que será la propia policía la que inicialmente excluya aquéllos datos.

El último párrafo del art. 588 ter i) hace referencia a las personas intervinientes en las comunicaciones, distintas del investigado, a aquéllos interlocutores que comunicaron con aquél, estableciendo con carácter general que se les notificará por el juez el hecho de la práctica de la injerencia informándoles de las concretas comunicaciones en las que haya participado que resulten afectadas a quienes si lo solicitan, se les entregará copia de la grabación o transcripción en la medida que ello "no afecte al derecho a la intimidad de otras personas o resulte contrario a los fines del proceso en cuyo marco se hubiera adoptado la medida de injerencia". Como se establece que dicha comunicación no se realizará cuando "sea imposible, exige un esfuerzo desproporcionado o se puedan perjudicar futuras investigaciones". Ello parece que exigirá, pese al silencio, resolución judicial motivando la no comunicación a los terceros o la no entrega de la copia o de su transcripción.

f) Duración y prórroga

La duración se encuentra regulada con carácter general en el art. 588 bis e)⁶ y posteriormente se especifica la duración para cada una de las medidas de investigación concretas. En concreto para la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas el art. 588 ter g) prevé una duración máxima inicial de tres meses que podrá prorrogarse hasta un máximo de 2 años.

Resulta destacable, por la novedad que supone, el cese automático de la intervención a que hace referencia el art. 588 bis e) y con ello la no exigencia de resolución judicial poniendo fin a la medida, una vez finalizado el tiempo por el que se concedió o en su caso, finalizada la prórroga. Sin embargo, ello no es más que un espejismo, por cuanto posteriormente, el art. 588 bis j)⁷ establece con carácter imperativo que el juez acordará el cese en todo caso cuando haya transcurrido el plazo para el que la autorizó.

⁶ Art. 588 bis e).- Duración. 1.- Las medidas reguladas en el presente capítulo tendrán la duración que se especifique en cada una de ellas y no podrán exceder del tiempo imprescindible para el esclarecimiento de los hechos. 2.- La medida podrá ser prorrogada, mediante auto motivado, por el juez competente, de oficio o previa petición razonada del solicitante, siempre que subsistan las causas que la motivaron. 3.- Transcurrido el plazo por el que resultó concedida la medida, sin haberse acordado su prórroga, o, en su caso, finalizada ésta, cesará a todos los efectos.

⁷ Art. 588 bis j) Cese de la medida.- El Juez acordará el cese de la medida cuando desaparezcan las circunstancias que justificaron su adopción o resulte evidente que a través de la misma no se están obteniendo los resultados pretendidos y, en todo caso, cuando haya transcurrido el plazo para el que hubiera sido autorizada.

En el art. 588 bis f)⁸ se prevé con carácter general la solicitud de prórroga y sus requisitos. Se completa para la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, en el art. 588 ter h). Contrariamente a la previsión de adopción de oficio de la medida no se prevé la prórroga de oficio, precisando solicitud del Ministerio Fiscal o de la Policía Judicial. Con la solicitud la Policía Judicial aportará "la transcripción de aquellos pasajes de las conversaciones de las que se deduzcan informaciones relevantes para decidir sobre el mantenimiento de la medida".

En relación al tiempo en que dicha solicitud deberá presentarse se indica en las disposiciones generales que se presentará "con la antelación suficiente a la expiración del plazo concedido" no obstante lo cual se exige resolución al respecto dentro de los dos días siguientes a la presentación. Dentro del ese plazo de los dos días, no se exige audiencia al Ministerio Fiscal frente a la previsión contenida para la resolución inicial y se prevé expresamente que pueda solicitarse aclaraciones o mayor información, incluido el contenido íntegro de las conversaciones intervenidas, que en todo caso, deberá efectuarse dentro de ese plazo.

Una vez solicitada, la concesión o no de la prórroga precisará, pese a que omita cualquier pronunciamiento al respecto, resolución motivada, al igual que la resolución inicial adoptando la medida.

Se prevé expresamente que concedida la prórroga el cómputo se iniciará desde la fecha de expiración del plazo de la medida acordada, lo cual es una obviedad que no precisaba de regulación, excepto que esté preveyendo el legislador la posibilidad de acordar la prórroga con posterioridad a la fecha final autorizada otorgándole en tal caso efectos retroactivos lo cual a la vista de la propia regulación, resulta incoherente desde el momento en que se prevé rotundamente que transcurrido el plazo por el que fue concedida sin haberse acordado la prórroga o finalizada esta, cesará a todos los efectos.

En cualquier caso y conforme al art. 588 bis j) se prevé que, a la vista del resultado de la diligencia, el juez pueda acordar el cese de la medida, sin esperar a la finalización del plazo inicialmente concedido "cuando desaparezcan las circunstancias

⁸Art. 588 bis f).- Solicitud de prórroga. 1- La solicitud de prórroga se dirigirá por el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial al juez competente con la antelación suficiente a la expiración del plazo concedido. Deberá incluir en todo caso: a) un informe detallado del resultado de la medida; b) las razones que justifiquen la continuación de la misma. 2.- En el plazo de los dos días siguientes a la presentación de la solicitud, el juez resolverá sobre el fin de la medida o su prórroga mediante auto motivado. Antes de dictar la resolución podrá solicitar aclaraciones o mayor información. 3.- Concedida la prórroga, su cómputo se iniciará desde la fecha de expiración del plazo de la medida acordada.

que justificaron su adopción o resulte evidente que a través de las mismas no se están obteniendo los resultados pretendidos". No se exige expresa motivación ni se indica la forma en que deberá acordarse el cese. Lo lógico será mediante Auto debidamente motivado. Ahora bien, deberá estarse a la práctica para determinar cuándo concurren aquéllos requisitos, pues al no haber especificado plazo mínimo pudiera pensarse que si transcurridos 7 días de la adopción de la medida no se obtienen los resultados pretendidos se permite dejar sin efecto la misma. El único supuesto imaginable que se me ocurre para adoptar el cese adelantado, contraviniendo un acto anterior propio debidamente justificado, será el del fallecimiento del investigado o el cambio de medio de comunicación utilizado por el mismo.

g) *Control de la medida*

Derivada del principio de judicialidad de las medidas reguladas en el capítulo, contenido en el art. 588 bis a), el art. 588 bis g)⁹ reitera la necesidad de control judicial tanto de su desarrollo como de los resultados. La forma y la periodicidad dependerá de lo indicado en la resolución habilitante.

h) *Utilización de la información en otro procedimiento distinto y descubrimientos casuales*

El art. 588 bis i)¹⁰, dentro de las disposiciones comunes, prevé la utilización de elementos probatorios obtenidos en un procedimiento penal distinto, esto es, que la información obtenida en un concreto procedimiento pueda utilizarse en procedimiento distinto para lo cual se deducirá testimonio de los particulares necesarios para acreditar la legitimidad de la injerencia incluyéndose entre los antecedentes indispensables, en todo caso, la solicitud inicial para la adopción, la resolución judicial que la acuerde y todas las peticiones y resoluciones judiciales de prórroga recaídas en el procedimiento de origen. Ello es la plasmación legislativa del acuerdo no jurisdiccional de la Sala II del Tribunal Supremo de fecha 26 de mayo de 2009¹¹ y la jurisprudencia inspirada en el

⁹ Art. 588 bis g) Control de la medida.- La Policía Judicial informará al Juez de instrucción del desarrollo y los resultados de la medida, en la forma y con la periodicidad que este determine, y en todo caso, cuando por cualquier causa se ponga fin a la misma.

¹⁰ Art. 588 bis i) Utilización de la información en otro procedimiento distinto y descubrimientos casuales. El uso de las informaciones obtenidas en un procedimiento distinto y los descubrimientos casuales se regularán con arreglo a lo dispuesto en el art. 579 bis.

¹¹ Acuerdo adoptado en Sala General, por el Pleno de la Sala Segunda, en reunión de 26-05-2009. Asunto: Habilitación de escuchas telefónicas procedentes de diligencias distintas a las que corresponden al juicio. Acuerdo: En los procesos incoados a raíz de la deducción de testimonios de una causa principal, la simple alegación de que el acto jurisdiccional limitativo del derecho al secreto de las comunicaciones

mismo (SSTS de 24 junio de 2010, de 26 de julio de 2010 y de 31 de marzo de 2011 entre otras).

En cuanto a los descubrimientos casuales en el transcurso de una investigación en la que de las interceptaciones de comunicación autorizadas para un concreto delito se descubren datos de los que puede inferirse la comisión de otro distinto, se establece que la continuación de la medida para la investigación del delito casualmente descubierto requiere autorización del juez competente debiendo informarse, si las diligencias continúan secretas a los efectos de que tal declaración sea respetada en el otro proceso penal, comunicando el momento en el que dicho secreto se alce.

Ello no es más que una consecuencia del principio de especialidad que rige en la investigación. Ya hemos indicado que en la resolución que determine la adopción de la medida deberá figurar la identificación del delito cuya investigación lo hace necesario, en orden a evaluar la concurrencia de la proporcionalidad de la decisión y la evitación de "rastros" indiscriminados de carácter meramente preventivo o aleatorio sin base fáctica de la comisión del delito, proscritos en nuestro ordenamiento. Por ello el principio de especialidad justifica la intervención solo en relación al delito investigado pero no es infrecuente que en el transcurso de la ejecución de la medida los llamados descubrimientos ocasionales o causales, relativos a hechos nuevos (no buscados, por ser desconocidos en la investigación instructora en la que irrumpen), bien conexos, bien inconexos con los que son objeto de la causa y pueden afectar al investigado y/o a terceras personas no investigadas en el procedimiento. En tales supuestos, la solución jurídica no era uniforme en la doctrina y así se distinguió: (según numerosa Jurisprudencia, entre otras, sentencia del Tribunal Supremo 25/2008 de 29 de agosto, o, del propio Tribunal Constitucional, sentencia, entre otras, 49/1996):

- Si los hechos descubiertos tenían conexión (art. 17 LECrim) con los que son objeto del procedimiento instructorio, los hallazgos surtirían efectos tanto de investigación como, posteriormente de prueba. (SS.TS. 2 de julio de 1993 y 21 de enero de 1994)

es nulo, porque no hay constancia legítima de las resoluciones antecedentes, no debe implicar sin más su nulidad. En tales casos, cuando la validez de un medio probatorio dependa de la legitimidad de la obtención de fuentes de prueba en otro procedimiento, si el interesado impugna en la instancia la legitimidad de aquél medio de prueba, la parte que lo propuso deberá justificar de forma contradictoria la legitimidad cuestionada. Pero, si, conocido el origen de un medio de prueba propuesto en un procedimiento, no se promueve dicho debate, no podrá suscitarse en ulteriores instancias la cuestión de la falta de constancia en ese procedimiento de las circunstancias concurrentes en otro relativos al modo de obtención de las fuentes de aquella prueba.

- Si los hechos ocasionalmente conocidos no guardaban esa conexión con los causantes del acuerdo de la medida y aparentan gravedad penal suficiente como para tolerar proporcionalmente su adopción, se estimaban como mera "notitia criminis" y se deducía testimonio para que, siguiendo las normas de competencia territorial y en su caso las de reparto, se iniciara el correspondiente proceso. (STS. 15 de julio de 1993)

De la nueva regulación parece, por tanto desprenderse que sean o no conexos los hechos casualmente conocidos, se exigirá en todo caso la correspondiente autorización judicial del juez competente.

i) Destrucción de los registros

Finalmente el art. 588 bis k) con carácter general para todas las medidas, regula el destino de los registros que puedan constar en los sistemas electrónicos e informáticos utilizados en la ejecución de la medida señalando que una vez se ponga término al procedimiento mediante resolución firme, se ordenará el borrado y eliminación de los registros originales conservándose una copia bajo custodia del secretario judicial. Y una vez transcurridos cinco años desde que la pena se haya ejecutado o cuando el delito o la pena hayan prescrito, se acordará la destrucción de las copias conservadas.

La destrucción se materializará por la Policía Judicial previa orden dictada por los tribunales.

III. CONCLUSIONES

De la falta más absoluta de regulación sobre la materia se contiene en el proyecto una regulación pormenorizada e incluso excesiva, ajustándose en su mayoría a lo que hasta la fecha venían estableciendo la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Sorprende sin embargo la amplitud de los sujetos a quienes podrá afectar la medida, puesto que como hemos indicado no solo se refiere al investigado sino también a terceras personas incluidas los titulares de los terminales utilizados ocasionalmente por el investigado así como la posibilidad de autorizar la interceptación de las comunicaciones hasta un plazo de hasta dos años y ello teniendo en cuenta la limitación temporal -de 6 meses o 18 meses cuando la investigación sea compleja- que se la reforma de la LECrim para la instrucción de las causas.

Igualmente sorprendente resulta la previsión de la posible adopción de una medida tan gravosa en cuanto limitativa de derechos, por órganos ejecutivos sin previo control judicial.

Deberá estarse en todo caso a la definitiva aprobación de la Ley así como a los debates que se produzcan en su aplicación.

* * * * *

Dra. Ana María Gil Antón

Miembro del Grupo de Investigación de la Universidad Internacional de la Rioja (UNIR).
Socia de la FICP.

~Los delitos contra la ordenación del territorio, según la Ley 1/2015, de reforma del CP~

I. FUNDAMENTACIÓN DE LA PROTECCIÓN PENAL DEL DELITO URBANÍSTICO Y DE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

La fundamentación constitucional de la protección del medio ambiente se encuentra en los artículos 45 a 47 del CE, en los que se garantizan respectivamente, el derecho al disfrute de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, la conservación y el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, y la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación.

No obstante, su ubicación en el Capítulo III referido a “De los principios rectores de la política social y económica, del Título I “De los derechos y deberes fundamentales” conlleva una protección específica, que sin embargo no deja abierta la vía prevista en el artículo 53.3. CE para los derechos fundamentales, esto es el recurso de amparo y, su protección sólo podrá instarse en vía ordinaria de acuerdo con lo que se prevea en las leyes que desarrollen lo establecido, constituyendo una obligación de los poderes públicos su defensa, existiendo reserva de ley para la protección por vía penal. . Con respecto al concepto de medio ambiente, hemos de señalar que el artículo 45 del Texto Constitucional, sin decir expresamente, qué se ha de entender por medio ambiente, sin embargo, sí lo reconoce en cuanto principio constitucional informador del ordenamiento Jurídico y social. Además, se trata de un precepto CE que, ha de ser integrado con todo el conjunto de normas que regulan los múltiples tipos de recursos naturales en el territorio nacional. Lo relativo a la materia medio ambiental se implementa a través de múltiples leyes como la Ley 34/2007 de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmosfera; la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información y participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente; Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad ambiental; Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido; Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados en la contaminación, así como otras

muchas disposiciones normativas y reglamentarias. Por otra parte, existen sanciones penales (en su caso, administrativas) así como la obligación de reparar el daño causado, cuando se vulnera el medio ambiente.

Con respecto a la ordenación del territorio, la CE en su artículo 47 reconoce y garantiza el derecho a todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada e impone a los poderes públicos el deber de promover las condiciones adecuadas, y de establecer las normas pertinentes para hacer efectivo ese derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. En este último inciso encuentra su sustento constitucional la regulación de los delitos sobre la ordenación del territorio, que como veremos se regulan en los artículos 319 y 320 del CP.

A su vez el urbanismo por su propia esencia, que consiste en la ordenación del suelo, guarda una relación muy estrecha con lo que se ha denominado el medio ambiente, siendo la segunda Ley del Suelo, constituida por el Texto Refundido del Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, lo que da lugar a su nacimiento, a lo que hay que añadir lo que ha venido manteniendo la Sala Segunda del TS, en sentencia de 16 de junio 1995 “*en cuanto a la construcción piramidal del planeamiento urbanístico, todos los planes de ordenación debían contener medidas para la protección del medio ambiente(art. 7 y 12.1.d)*”, y sigue manteniendo que

“el ambiente, por otra parte, es un concepto esencialmente antropocéntrico y relativo. No hay ni puede haber una idea abstracta intemporal u utópica del medio, fuera del tiempo y del espacio. Es siempre una concepción concreta, perteneciente al hoy y operante aquí”.

En definitiva, su protección se fundamenta en sí mismo, en su propia existencia, así como en la idea de ser un instrumento al servicio del hombre.

Por otro lado, tampoco cabe a priori desdeñar la idea de que la materia relativa a la “ordenación del territorio” en general se muestre en cierta medida fronteriza a la medioambiental, opinión ésta sustentada por determinados especialistas en ciencias extra-jurídicas, para los que no tiene demasiado sentido plantear de forma aislada e independiente sus respectivas problemáticas

Lo que sí se hace necesario es conocer en qué casos puntuales es el ordenamiento penal el instrumento de control social más eficaz y adecuado para llevar a cabo una efectiva labor de protección de tales intereses jurídicos difusos, que por otra parte, es lo que se pretenden tutelar mediante la mayoría de las infracciones que integran el

Capítulo I del Título XVI CP, al igual que sucede a través de la tipificación de otras figuras penales, pese a encontrarse legalmente ubicadas *extra muros* del mismo, correspondiendo dicha protección a los poderes públicos, y al Estado la competencia en materia de la protección penal.

La Ley 5/2010 incidió de manera especial en la anterior regulación de estas infracciones ubicando en el Capítulo I, Título XVI CP, y bajo un mismo rótulo, la normativa correspondiente a los delitos contra *la ordenación del territorio y el urbanismo*, y reservando en cambio su Capítulo III para tutelar *los recursos naturales y el medio ambiente*, constituyendo el bien jurídico protegido en los distintos tipos penales que integran ese primer grupo de infracciones, la obligación de respetar y cumplir la normativa vigente, que prohíbe la comisión de determinadas conductas transgresoras de esos elementos, sea ésta de naturaleza legal o meramente reglamentaria. En la citada modificación legislativa, se añadieron junto a la construcción y edificación en suelos de especial protección las obras de urbanización. También se añadieron de forma expresa y obligatoria el comiso de las ganancias provenientes del delito, en el artículo 319 CP. Se incorporó la responsabilidad de las personas jurídicas por los delitos contra la ordenación del territorio, en consonancia con lo establecido en el artículo 31 bis del CP. Además se ampliaron las conductas típicas realizadas por autoridad o funcionario público, del artículo 320 CP, sancionándose en primer lugar, los informes favorables de instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, o reparcelación contrarios a las normas en de ordenación del territorio o urbanísticas vigentes, así como su aprobación o votación a favor en función de que sea la autoridad o funcionario por sí mismo o como miembro de un órgano colegiado.

También se sancionaron la omisión de inspecciones debidas o el hecho de silenciar la infracción de normas urbanísticas, de que se tenga conocimiento.

Por último, en ambos preceptos se introdujo, junto a la multa conforme al sistema de días multa, la multa proporcional, que se impondría de forma subsidiaria cuando la cuantía a pagar conforme al sistema de días –multa resultara inferior al beneficio obtenido por el delito.

1. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto

La intervención penal en una materia emitentemente administrativa como es la ordenación del territorio se produce a partir del Código Penal vigente y se explica por la insatisfactoria o insuficiente respuesta que aporta el Derecho administrativo sancionador ante determinado tipo de infracciones contra la ordenación del territorio. La respuesta del derecho penal a tenor del principio de intervención mínima, se limita a los ataques más graves contra la ordenación del territorio, esto es los cometidos por determinados tipos de sujetos-promotores, constructores y técnicos-directores, al realizar las obras de urbanización, de construcción y de edificación en suelos de especial protección. La concreta redacción del artículo 319 CP se corresponde con una ley penal en blanco, con numerosas remisiones a la normativa urbanística vigente.

El bien jurídico protegido en los delitos sobre la ordenación del territorio no es tanto la normativa urbanística como el valor material de la ordenación del territorio, en su sentido de utilización racional del suelo orientado a los intereses generales, pues la filosofía que emana de las normas constitucionales es la de castigar las conductas objetivamente más graves, que originen consecuencias trascendentes para la ordenación del territorio. El art. 319 CP 1995 castigaba conductas objetivamente graves y dolosas que atacasen un bien jurídico comunitario —la utilización racional del suelo y la adecuación de su uso al interés general—; por ello el análisis del tipo debía realizarse desde la perspectiva de la antijuridicidad material, aplicando el principio de mínima intervención cuando no se apreciase afectación del bien jurídico tutelado, ya que los tipos penales no pueden servir como mero reforzamiento de la autoridad administrativa.

Se protege la ordenación racional del territorio, bien protegido constitucionalmente, al establecerse que la utilización del suelo ha de regularse atendiendo al interés general, como ha quedado indicado, para impedir la especulación. Desde esta comprensión la protección penal de la calidad de vida y el hábitat en el que se desenvuelven los seres humanos, constituyendo un patrimonio común que se

2. Prevalencia de la protección penal sobre la administrativa

En algunas sentencias, entre ellas las de TS 2.ª S 17 Oct. 2006— rec: 193/2006 absolutoria de instancia, en el caso a que nos referimos, se pone de manifiesto como se concedió una inadecuada preeminencia a la resolución de la jurisdicción contenciosa

utilizándola como un obstáculo, casi insalvable, para la aplicación de las normas penales, lo que no responde a los criterios que establecen la absoluta e indiscutible preeminencia de la jurisdicción penal. Es más, la decisión del TSJ dice que la resolución del Servicio Provincial de Costas “no es conforme a derecho” y deja para ejecución de sentencia “la determinación de la parte de la obra que no puede ser objeto de restauración”. Así pues, del contenido de la propia resolución se desprende claramente que el acusado tenía conciencia de que su comportamiento era contrario a la normativa y por ello penalmente punible. Ahora bien, dicha Sala era consciente de que existen verdaderos desafueros urbanísticos con un impacto infinitamente superior al contemplado —un voladizo de 1,82 m²—; sin embargo, la afectación e intangibilidad del dominio público marítimo-terrestre es un bien constitucional que debe ser protegido sin distinciones, en función de su mayor o menor agresividad. En este sentido, se indicaba ·

“Es cierto que el condenado actuó en un marco de cierta singularidad, pero ello no es suficiente para justificar la invasión del dominio público por razones meramente cuantitativas. Se desvirtuaría la importancia de la reserva y custodia especial que el derecho administrativo y, afortunadamente el derecho penal, deben realizar sobre dicho espacio”.

Dicho lo anterior, hemos de indicar que el delito urbanístico se regula en los artículos 319 y 320 del CP se tipifican cinco figuras delictivas diferentes, que podemos diferenciar entre un tipo agravado y uno básico, en los apartados 1 y 2, respectivamente del artículo 319; así como los de prevaricación del artículo 320 CP. Como se indica a continuación, en el actual Capel tipo básico del artículo. 319.2 CP se configura como un delito de urbanización, construcción y edificación no autorizable en suelo no urbanizable, tratándose de un delito especial y de resultado con el que el legislador pretende garantizar la indemnidad edificatoria de los suelos no urbanizables.

II. TIPOS DEL DELITO MEDIO AMBIENTAL

El artículo 319. CP determina que:

1. “se impondrán las penas de prisión de un año y seis meses a cuatro años, multa de veinticuatro meses a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del tanto al triple del montante de dicho beneficio, e inhabilitación especial para la profesión u oficio por el tiempo de uno a cuatro años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección.

2. Se impondrá la pena de prisión de uno a tres años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en el suelo no urbanizable.
3. En cualquier caso, los Jueces o Tribunales, motivadamente podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra, y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe. En todo caso se dispondrá el comiso de las ganancias provenientes del delito cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. (MODIFICADO POR LA LEY 1/2015, DE 31 MARZO, DE REFORMA DEL CP).
4. En los supuestos no previstos en este artículo cuando fuere responsable una persona jurídica de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código se le impondrá la pena de multa de uno a tres años, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del doble al cuádruple del montante de dicho beneficio.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y Tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

1. El tipo básico del art. 319.2 CP

El delito de urbanización, construcción y edificación no autorizable en suelo no urbanizable, contemplado en este apartado supone también un delito especial y de resultado con el que el legislador pretende garantizar la indemnidad edificatoria de los suelos no urbanizables

La conducta integrante del tipo básico del artículo 319.2 CP consiste en “llevar a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en suelo no urbanizable”. Así pues, a diferencia de lo establecido en el tipo agravado del art. 319.1, y cuyos elementos esenciales se corresponden con los que configuran la presente infracción, cabe afirmar que la única diferencia apreciable entre ambas figuras delictivas radica en la exigencia legal del carácter del suelo, que en el tipo básico ha de ser *no urbanizable*. Dicho concepto, desaparecido como tal de la legislación estatal, se mantiene en cambio en la regulación de algunas Comunidades Autónomas como equivalente a *suelo rural*, según se desprende de la regulación contenida en el art. 12.2.a) de la LS, o, lo que es lo mismo, no susceptible de ser transformado mediante actividades de urbanización, que conlleven, dada su protección agrícola, ganadera o forestal, riesgos naturales o tecnológicos, incluidos los de inundación o de otros accidentes graves, así como aquellos otros que prevea la legislación de ordenación territorial o urbanística. A tales efectos se requiere una especial declaración administrativa, ya que desde un punto de vista penal sería insuficiente la apreciación

judicial de tales valores. El término “no autorizable” de la construcción, deberá interpretarse restrictivamente. En este sentido, la reciente SAP de las Islas Baleares de 15 de diciembre de 2012 (Sección 1.ª), que con anterioridad ya se había manifestado al respecto en Sentencia de 17 de septiembre de 2010, entiende que la nueva redacción conferida por la reforma de 2010, tanto a este tipo básico como al agravado del apartado 1 del art. 319, al suprimir la expresión “no autorizada”, que era más amplia e independiente de una eventual posterior “autorización” o de ser “autorizable”, sustituyéndola por la de “no autorizable”, resulta más beneficiosa para el reo, pues, a diferencia de la anterior, en la que la inexistencia de autorización suponía la tipicidad del hecho, la redacción actual permite excluir del tipo penal el supuesto de “construcción autorizable”. Por su parte, otras Sentencias, también pronunciadas por diversas Audiencias Provinciales sobre el particular, habían ya concretado el contenido del término *no autorizable*, como hiciera la SAP de Sevilla de 4 de noviembre de 2008, al expresarse en los siguientes términos:

“Este elemento del tipo debe referirse a la ilegalidad de la edificación en el momento en que se realiza, no bastando con que la edificación se haya realizado sin licencia, ni que se haya hecho en suelo no urbanizable, sino que se requiere, además, que sea contraria a la legalidad urbanística vigente en ese momento y, por tanto, no sea posible su autorización”...

En parecida línea interpretativa, la SAP de Salamanca de 12 de marzo de 2012 considera que dicho elemento típico debe integrarse por:

“Todo aquello que ni está autorizado ni es susceptible de autorización ni de legalización, aunque se pida licencia. Se aplicará el tipo del art. 319 CP (LA LEY. 3996/1995) sólo a aquellas infracciones urbanísticas que adolezcan de irregularidades tan graves y escandalosas que ni siquiera quepa la posibilidad de una posterior subsanación, legalización, ni autorización o convalidación, aunque se pida licencia, o dicha "legalización" sería remota, futura o incierta....”..

Parece pues obvio que, si tanto el Derecho Penal como el Administrativo son materias que se rigen por el principio *tempus regit actum* el momento de comisión de los hechos delictivos, en relación a la normativa urbanística vigente en materia de licencias de edificación, ha de ser el único que se pueda tomar en consideración a efectos de reprimirlos en aplicación del art. 319.2 CP, ya que de lo contrario, se podría incurrir en el absurdo de que los hechos que a fecha de hoy debieran sancionarse penalmente, mañana devinieran impunes, debido a una actuación extraordinaria del planificador legalizándose así por vía de excepción, lo que nunca debió construirse en estricto cumplimiento del ordenamiento urbanístico.

En otro orden de cosas, la determinación de los términos legales *obras de urbanización, construcción o edificación*, puesto que constituyen elementos normativos

del tipo, es decir, conceptos jurídicos indeterminados, así como su interpretación y concreción, corresponde al libre criterio valorativo del juez penal, que deberá no obstante atender a la legislación administrativa encargada de su regulación, ya que no en balde nos encontramos ante una norma penal en blanco; y habida cuenta que los tres términos se repiten en la descripción legal del tipo agravado del art. 319.1 CP, cabe desde ahora adelantar que todas las apreciaciones formuladas con respecto a esta figura básica, pueden hacerse extensivas a la figura cualificada, si bien puede de antemano advertirse que, puesto que ambas infracciones hacen referencia a obras *no autorizables*, aunque en zonas o lugares de distinta índole, no es de extrañar que en la práctica se originen indeseables *solapamientos* legales entre esta segunda figura y la infracción genérica que ahora nos ocupa, pues, en ocasiones, es realmente difícil establecer la diferencia existente entre realizar obras en suelos *de reconocido valor*, dignas, según el legislador, de especial protección y sanción más grave (art. 319.1 CP , o hacerlo en suelos *no urbanizables*, considerando que esta segunda conducta está legalmente conminada con menos pena que la anterior (art. 319.2 CP).

En consecuencia, una interpretación meramente funcional de ambos apartados del art. 319 CP lleva a calificar como *suelo urbanizable* todo el que se encuentre excluido del área de esa especial protección, bien por no tener reconocidos desde un punto de vista legal valores paisajísticos, ecológicos, artísticos, históricos o culturales, bien por no estar destinado a la explotación ganadera, agrícola o cinegética. De otra parte, la coexistencia en este ámbito concreto de sanciones administrativas y penales obliga igualmente a tener presente la referida prohibición constitucional de vulneración del *non bis in idem*, de tal modo que quedará suspendido el procedimiento sancionador en tanto no se pronuncie el órgano jurisdiccional penal competente, tal y como ya reconoció en su día la STC de 30 de enero de 1981, de la misma manera que la imposición de una sanción de esta índole excluye la aplicación concomitante de otra de carácter administrativo, quedando de esta forma vinculados a la jurisdicción administrativa los hechos declarados probados en el proceso penal, según declarara en su momento otra STC, de fecha 3 de octubre de 1983.

El objeto material de esta figura genérica, al igual que el de la modalidad agravada, coincide con los términos *obras de urbanización, construcción o edificación*, entendido el término construcción, con “todo acto que implique una positiva transformación material del suelo o del espacio”, siempre que posea una cierta entidad y

vocación de permanencia, tal y como sostuvo la STS 182/2006, de 29 de noviembre, según la cual quedarían, entre otros, amparados por el tipo en cuestión las viviendas, los establos, el asfalto de un camino, la realización de obras de urbanización, un pozo, un puente, o una piscina, siempre que tuvieran un cierto alcance cuantitativo, de la misma manera que podría resultar punible —siquiera en grado de tentativa— un movimiento de tierras en conexión con una ulterior construcción. Las obras de *edificación* pueden entenderse como de nueva planta, normalmente destinadas a la vivienda de personas, aunque no impliquen morada permanente en ella, si bien a efectos penales hay que excluir de este concepto las meras excavaciones, movimientos de tierra y actos similares, dada su escasa gravedad .

En cuanto al sujeto activo, tanto el apartado 1 como el 2 del art. 319 CP aluden respectivamente a *los promotores, constructores o técnicos directores*. Tales conceptos no se encuentran definidos en la legislación estatal, proporcionando cada normativa autonómica una definición diferente, lo que plantea posibles vulneraciones del principio de igualdad, si bien el juez goza de plena capacidad a la hora de valorarlos, con independencia de lo establecido en la legislación autonómica.

Así pues, y en lo que a dicha relación se refiere, la STS de 26 de junio de 2001 (FJ 4.º b) califica como *promotor* a cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que individual o colectivamente decide, impulsa, programa o financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación, para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros, bajo cualquier título, sin exigencia de titulación alguna; como *constructor* a quien ejecuta los trabajos previstos por el técnico, bajo su control; y como *director técnico* al encargado de redactar el proyecto, ya sea arquitecto, ingeniero, o arquitecto e ingeniero técnicos, para quienes la citada STS exige la necesaria titulación.

En este orden de ideas, y pese a que dicha resolución (FJ 3.º), en cuya misma línea interpretativa se inserta otra posterior, también del TS, la 690/2003, de 14 de mayo, entiende que el art. 319.2 CP recoge un *delito común*, que puede cometer cualquier particular, sin necesidad de cualificación alguna, otra opinión diferente considera en cambio que nos encontramos en presencia de un *delito especial propio*, que tan sólo pueden ejecutar las personas que textualmente enumera el citado precepto, al menos ello es lo que parece derivarse de la previsión legal de la pena de inhabilitación especial aplicable a tales sujetos, así como de la propia dicción del CP, al utilizar el término

“técnico”. Una interpretación intermedia entre ambas sería la de calificarlo como delito común en lo referido a constructores y promotores, quienes pueden ser particulares, no necesariamente titulados, en tanto que como delito especial propio en lo concerniente al director técnico, ya que éste sí tiene que hallarse en posesión de la correspondiente titulación universitaria.

Desde un punto de vista subjetivo, es evidente que sólo es posible la comisión dolosa de esta figura delictiva, no contemplando el CP su punición imprudente; opción legal congruente, dada la particular naturaleza del injusto, puesto que las conductas de esta índole, es decir, aquellas en las que no esté el dolo presente pasarían en todo caso a resolverse en vía administrativa. En consecuencia, la eventual concurrencia de un error vencible de tipo (art. 14.1 CP) no del todo improbable, habida cuenta los diversos elementos normativos recogidos en el tipo, aunque tampoco admisible *a priori* en términos genéricos, determinará la impunidad del supuesto en cuestión. Pero la propia realidad social hace que resulte más difícil todavía apreciar la presencia del error de prohibición en estos delitos, pese a que haya sido excepcionalmente admitida en aquellos casos en los que el profesional pueda demostrar que actuó en la creencia errónea de la licitud de su obra; opinión ésta a la que se ha opuesto en cambio un sector de la jurisprudencia del TS.

La triple sanción acumulativa que establece el art. 319.2 se traduce en los siguientes términos: prisión de uno a tres años, multa de doce a veinticuatro meses, «salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante, en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio», e inhabilitación especial para la profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años.

2. El tipo cualificado del artículo 319.1 CP

En esta figura estamos ante un delito de urbanización, construcción y edificación no autorizable en suelos o lugares reservados o protegidos (viales, zonas verdes, bienes de dominio público y lugares de reconocido valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural).

El tipo cualificado del art. 319.1 CP, se trata de un delito especial y de resultado, pues solo pueden responder de la conducta típica, a título de autor ejecutivo, las personas designadas. En consecuencia prohíbe a sus concretos destinatarios, a saber, las mismas personas referidas en el precepto antes comentado (promotores, constructores o

técnicos directores) realizar idénticas conductas a las mencionadas *supra*; prohibición consistente en llevar a cabo obras de urbanización, construcción o edificación *no autorizables*, si bien, y esta es la diferencia sustancial que media entre ambas figuras delictivas, tales obras han de ubicarse en una serie de lugares *suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público, o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural*, añadiéndose al final del precepto una cláusula analógica, excesivamente genérica y ambigua por su confusa redacción, que alude a *otros lugares que, por los mismos motivos* mencionados, hayan sido *considerados de especial protección*.

Así pues, dada la identidad de requisitos objetivos concurrentes en ambos tipos penales, cabe reproducir en este lugar todas las observaciones realizadas al analizar la conducta, el objeto material y los sujetos activos en el marco de la figura genérica del art. 319.2 CP. Con mayor motivo aún, y al igual que sucede con el tipo básico, esta figura agravada solo admite, por razones obvias, la comisión dolosa, quedando de esta forma excluida de su ámbito punitivo la modalidad imprudente de comisión.

No obstante, no basta la constatación de estas realidades para que se pueda aplicar el tipo delictivo, sino que será necesario acreditar que las obras ilícitas son, desde la perspectiva administrativa de aplicación, no autorizables. La utilización de esta expresión permite delimitar el ilícito penal del administrativo: no se trata de contrastar la existencia o no de licencia, sino de contraste con una perspectiva global de antijuricidad.

La determinación del momento consumativo de ambos tipos penales requiere que transcurra un determinado período de tiempo desde que se realizó la conducta, pues es materialmente imposible que estas dos figuras delictivas se perpetren de manera fugaz o instantánea, puesto que a efectos penales es necesario valorar la entidad y estabilidad de lo construido; y, “la ejecución de obras” con determinados fines, dicha alusión se traduce en la idea de ampliar el período consumativo a costa de reducir el ámbito de la tentativa en tanto esa expresión legal es conceptualmente más amplia.

Tanto para el tipo básico como para el cualificado juegan las reglas generales del *concurso ideal* de delitos con la correspondiente infracción de *falsedades* en aquellos casos en que el agente haya obtenido la preceptiva autorización o licencia falseando o presentando documentos falsos. Esta misma solución concursal puede aplicarse, aunque en relación ahora al delito de *desobediencia*, si habiendo sido requerido el sujeto activo

para paralizar la obra, no obedeciera las órdenes o resoluciones adoptadas por la autoridad competente en relación a la inviabilidad legal del proyecto o a la paralización de las actividades correspondientes. En estos supuestos, según la STS 1182/2006, de 29 de noviembre (FJ 11.º), existe un concurso aparente de normas entre el art. 319 y el 325 CP (delito medioambiental), que debe resolverse por alternatividad a favor del segundo precepto, al establecer una pena más grave que el primero de ellos.

Si aceptamos la premisa de encontrarnos en presencia de delitos de resultado, son en principio aplicables a ambos tipos penales las reglas generales sobre autoría y participación, aunque en la práctica resulta problemático el caso concreto de la intervención sucesiva, cuando, por ejemplo, un constructor inicia una obra *no autorizable* en suelo que goza de especial protección administrativa y, con posterioridad, un nuevo empresario de la construcción se incorpora a ella llevándola a término conjuntamente. Parece que si las dos conductas reúnen la suficiente entidad penal habría que calificar a sendos sujetos como coautores del mismo delito

El art. 319.2 CP en su condición de tipo agravado, incrementa la duración de las tres clases de penas que para el tipo básico prevé alternativamente su apartado 1; a saber, se impondrán la de prisión de un año y seis meses a cuatro años, junto a la de multa de doce a veinticuatro meses, «salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante, en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio», más la de inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años.

Con respecto al *iter criminis*, al ser infracciones de resultado, cabe distinguir la tentativa inacabada, la acabada y la consumación.

3. El artículo 319.3 CP: sobre la disposición común relativa a la demolición

El actual art. 319.3 CP, modificado como veremos por la Ley 1/2015, de 31 de marzo, de reforma del CP, con entrada en vigor el 1 de julio, recoge una *disposición común* a los tipos básico y cualificado del delito que nos ocupa. Se trata de una norma cuya naturaleza, civil o penal, ha sido doctrinal y jurisprudencialmente muy cuestionada, facultando al juez penal, siempre que motive la adopción de esta medida en la sentencia, para que ordene la *demolición de la obra a cargo del autor del hecho*, siempre que de forma previa haya sido ésta ilegalmente declarada, y sin perjuicio de determinar las indemnizaciones correspondientes a terceros de buena fe que pueden

lógicamente verse afectados como consecuencia de su adopción. A primera vista, parece que los tribunales no tienen que adoptar esta medida con carácter *preceptivo*. Al menos, así lo ha entendido una buena parte de la doctrina y la jurisprudencia pronunciadas al respecto, en particular con anterioridad a la reforma de 2010.

Sin embargo, del estricto tenor literal del precepto, que contiene una norma tan aflictiva como meramente potestativa, no cabe deducir una afirmación genérica en uno u otro sentido, pues ello daría lugar en la práctica a la adopción de decisiones judiciales desiguales y, por lo tanto, injustas. Piénsese, por ejemplo, en aquellos casos en los que la obra no haya sido legalizada o tampoco pueda serlo; en tales supuestos parece más razonable entender que tanto la demolición como la reposición de la realidad física alterada deben ser obligatoriamente acordadas por el juez. De todas formas, si éste no hace uso de dicha facultad legal, cabe siempre la posibilidad de que sea la propia Administración quien pueda ordenarla. Ahora bien, esta última posibilidad se da al traste a causa de la lentitud de actuación y resolución del control judicial en vía contencioso administrativa. A efectos penales, algunas de las primeras sentencias que acordaron la demolición de unas obras aportando para ello argumentos bastantes sólidos fueron las dictadas por las AAPP de Almería (Sección 3.ª) 182/2010, De 28 de mayo, y de Baleares (Sección 1.ª) 228/20010, De 17 de septiembre. .

Puede, pues, decirse que, desde una perspectiva jurisprudencial, tanto la concepción sustentada sobre la naturaleza civil o penal de la medida de demolición como sobre su carácter obligatorio o meramente potestativo, existe una tendencia a favor de rechazar su entidad de medida de resarcimiento civil para calificarla como una auténtica sanción punitiva, es decir, como una genuina consecuencia jurídica del delito, prevista e incluida en el marco de la finalidad preventiva de una norma de esta categoría como parte integrante de la necesidad de restaurar el daño causado al bien jurídico protegido, así como al objeto material del delito, que no es otro que la obra ilegal, siendo asimismo la jurisdicción penal quien tenga o no que acordarla, según la gravedad de la infracción cometida para evitar de esta forma que dicho acuerdo se difiera a un procedimiento administrativo posterior que acarrearía sin duda problemas.

No obstante, la propia jurisprudencia fundamentada en la necesidad de dotar de un mayor grado de eficacia a los tipos penales que castigan estos delitos y que requieren la restauración del daño causado al bien jurídico protegido, -ya que el apartado 3 del art. 319 al prever la posibilidad de condenar al autor a reponer a su estado originario la

realidad física alterada-, y que también explica la evolutiva tendencia jurisprudencial a calificar la orden de demolición como una auténtica sanción de índole penal. El último inciso del art. 319.3, *comiso* de las ganancias provenientes del delito, con independencia de las transformaciones que hubieren podido experimentar y se trata de una consecuencia accesoria, legalmente recogida en términos genéricos en los arts. 127 y 128 CP siendo, pues, su naturaleza claramente punitiva.

Dicho apartado, ha sido modificado por la Ley 1/2015, de 31 de marzo, de reforma del CP, en el sentido que a continuación se indica:

Redacción del art. 319.3. según la reforma del CP

3. "En cualquier caso, los jueces o tribunales motivadamente, podrán ordenar a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, y valorando las circunstancias y oída la Administración competente, condicionarán temporalmente la demolición a la constitución de garantías que aseguren el pago de aquellas. En todo caso se dispondrá el decomiso de las ganancias provenientes del delito cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren pedido experimentar."

Como se puede constatar de la redacción, la demolición de la obra y la reposición al estado originario, a partir del 1 de julio, requerirá la valoración de las circunstancias concurrentes por parte de los jueces o tribunales antes de proceder a ordenar la demolición de la obra, así como que sea oída la Administración competente. Se determina así igualmente que se puedan condicionar temporalmente la demolición siempre que se constituyan las garantías que fueran necesarias para asegurar que puedan satisfacer los gastos que conlleven tanto la eventual demolición, como su reposición.

4. Algunas referencias jurisprudenciales

A continuación se incluyen algunas sentencias relevantes en relación con el delito urbanístico:

"La conducta enjuiciada, en el caso —construcción de un voladizo de 1,82 m²—, es claramente típica y dolosa, y ello con independencia del escaso volumen que afecta a la zona de dominio público marítimo-terrestre. Esta Sala no puede compartir el fallo absolutorio de la instancia, que se basa en la declaración de que el acusado actuó con un error de prohibición y en el contenido de la sentencia del TSJ que, en vía contenciosa, declaró no conforme a derecho la resolución del Servicio de Costas. La Audiencia justifica la eliminación del dolo por un error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción, ahora bien, existe práctica unanimidad en considerar que no se puede construir el error de prohibición sobre la base de que el sujeto no conoce, de forma pormenorizada y con detalles técnicos, la normativa que está infringiendo. Y un profano que ha vivido durante años en las lindes de una zona de dominio público especialmente sensible, tiene la percepción natural y exigible a cualquier persona de que su actuación es contraria a la norma. Sabe perfectamente que necesita dos preceptivas licencias y, sin embargo, no solicita la autorización de Costas aunque sí requiere al Ayuntamiento licencia de

obras para la reparación general de la vivienda, y no la obtiene precisamente por carecer de la autorización previamente omitida. En definitiva, realiza la obra a sabiendas de su ilicitud y aprovechando la inactividad de la Administración. TS 2.ª S 17 Oct. 2006— rec: 193/2006.”

“En el caso, la Administración competente ordenó la paralización de la obra iniciada por el acusado por no situarse en el lugar indicado en el plano presentado con la solicitud de licencia y encontrarse, en realidad, en terrenos incluidos dentro de un espacio natural protegido, habiendo sido condenado por un delito del art. 338 CP 1995 En efecto, este precepto se inserta en las disposiciones comunes aplicables a los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente, estableciendo una agravación específica cuando dichas conductas afecten a algún espacio natural protegido. Sin embargo, el tipo cualificado contra la ordenación del territorio que se ha aplicado en el caso, art. 319.1 de la norma, no incluye per se dicha calificación agravatoria, como sí sucede en el tipo descrito en el art. 330 del citado Código, sino que se limita a castigar a los que lleven a cabo una construcción no autorizada en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección; luego, la agravación implica algo cualitativamente distinto, es decir, que el espacio natural esté reconocido y haya sido ya calificado administrativamente como tal, y siendo ello así debe operar la agravante específica, pues el delito base no comporta dicha cualidad fáctica. TS 2.ª S 26 Jun. 2001— rec: 4416/1999.

“La comisión de un delito sobre la ordenación del territorio —art. 319.1 CP 1995— supone una construcción no autorizada que se haya realizado en suelo considerado de especial protección. El concepto «construcción» se considera por unanimidad como la ejecución de toda obra que modifique la naturaleza de un terreno, es decir, que añada elementos físicos permanentes no sólo con obras de arquitectura o ingeniería sino también con toda clase de infraestructuras. La interpretación del término «sin autorización» suscita mayor dificultad, pues mientras un sector doctrinal mantiene que la falta de autorización en el momento de iniciar la construcción supone que la acción es típica —independientemente de que fuese o no autorizada ex post—, otro estima que el Derecho penal sólo debe sancionar los comportamientos infractores de la regulación administrativa de mayor entidad. Esta Sala se inclina por una interpretación amplia, es decir, que la sola construcción sin autorización administrativa podría considerarse formalmente típica al contravenir las normas relativas a la ordenación del territorio, pero no por ello reuniría el elemento de la antijuridicidad material, que sólo se colma con la constatación irrefutable de la efectiva conculcación del bien jurídico protegido —buen orden de planeamiento y utilización racional del suelo—. En definitiva, la obra en ejecución o ejecutada susceptible de posterior legalización no puede conceptuarse como delictiva. AP Jaén Secc. 2.ª S 18 Ene. 2007. — rec: 127/2006

“En el caso, entiende esta Sala que el juzgador a quo incurre en error en la valoración de la prueba practicada, pues de la misma no se puede concluir que la construcción denunciada no sea legalizable. La imposibilidad de legalización parece basarse en la inexistencia de actividad agraria en la finca en la que se construyó la vivienda, pero la existencia del cultivo negado se deriva con claridad meridiana de la documental aportada: escritura pública de compra de la finca descrita como tierra erial, pastos y olivos; informe pericial del SIG Oleícola Español en el que consta un número real de olivos; declaración de cultivo del olivar; justificante de los árboles entregados para repoblar, y otro informe pericial donde se afirma la existencia de dichos cultivos. Partiendo de los propios hechos probados de la sentencia de instancia no discutidos, en cuanto a que lo construido fue una vivienda unifamiliar aislada de dos plantas y una piscina, habrá que concluir que podría considerarse vinculada a una explotación agrícola y forestal. Es cierto que se ha construido sin la oportuna licencia conculcando la legislación urbanística, pero la duda racional al menos de la posible legalización de la vivienda, impide adoptar un pronunciamiento condenatorio —por aplicación del principio in dubio pro reo— puesto que no se alcanza la necesaria certeza jurídica sobre la concurrencia de los elementos del tipo penal. En definitiva, se absuelve a los imputados. AP Jaén Secc. 2.ª S 18 Ene. 2007. — rec: 127/2006.

“El verbo «construir» tiene un significado más amplio que el de “edificar”, pudiendo referirse aquél a toda modificación mediante obras de albañilería, entendidas éstas en un sentido amplio de la configuración del suelo que goza de la especial protección, a que alude el art. 319.1 CP

1995 (LA LEY. 3996/1995), no exigiéndose, por tanto, la aparición fruto de esa actividad de un cuerpo con un volumen determinado como pudiera ser una edificación, propio del art. 319.2 CP 1995. Pero si esto es así y lo que se castiga es esa modificación, lo recogido en la sentencia de autos como obra ejecutada tras la recepción de la orden de paralización —arreglos en la cubierta del edificio—, no puede afirmarse que esa modificación se haya producido, en cuanto afecte al suelo, que no estuviese producida con anterioridad por lo ya construido, con lo que lo hecho no atentaría contra el bien jurídico propio de esta figura, siendo atípica la conducta. Si no es así habría que decir, desde el punto de vista de ese bien jurídico, en qué ha variado el aspecto de la parcela antes y después de la orden de paralización, teniendo presente que sólo se da por acreditado que sólo se hizo la cubierta. Sin que ello no quiera decir que se trate de conductas que no merezcan reproche, pero no desde el derecho penal y por el delito del art. 319 CP 1995, estando aquél presidido por el principio de intervención mínima. Los perjuicios causados pueden ser subsanados, pues la administración competente tiene a su disposición medios para ello”. AP Córdoba Secc. 1.ª S 26 Mayo 2005. — rec: 152/2005.

“Debe realizarse la interpretación finalista del delito regulado en el art. 319.2 CP 1995, que protege un bien jurídico que antes sólo se protegía a través de unas normas administrativas, como es la ordenación del territorio, tipificando acciones que perjudican gravemente la idónea regulación del suelo, con efectos perturbadores y nocivos para la naturaleza e incluso para la función social que cumple la propiedad. El acusado, en el caso, promovió y construyó una vivienda unifamiliar en suelo no urbanizable común, infringiendo las condiciones de ocupación de parcela mínima, conforme a la normativa vigente no susceptible de legalización, y esta conducta no mereció sanción penal, por entender el juzgador de instancia que su legalización podría ser posible en el futuro, si cambiaba la legislación. Pues bien, este argumento es inconsistente, ya que la concurrencia de los elementos del tipo han de referirse al momento de la construcción, pues efectivamente la justicia penal ha de partir de la calificación que surge de la aplicación de la normativa vigente cuando se realizaron los hechos constitutivos del ilícito penal, y según manifestó el perito para poder llevar a cabo la legalización de la edificación construida era necesario la modificación del plan general de ordenación urbana. En consecuencia, los hechos deben subsumirse en el precepto citado, debiendo responder como autor del mismo, el acusado, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal”. AP Jaén Secc. 1.ª S 14 Jun. 2002. — rec: 27/2002.

“El tipo descrito en el art. 319.1 CP 1995 se refiere a una «construcción no autorizada», expresión ésta más amplia que la de «edificación», recogida en el núm. 2 de dicho artículo, y que puede entenderse como todo acto que signifique una transformación material de los terrenos o del espacio, a diferencia de la empleada por el referido art. 319.2, que equivale a la realizada sin licencia o autorización, o excediéndose de la propiamente concedida. AP Jaén Secc. 1.ª S 4 Sep. 2000— rec: 67/2000 “.

“La expresión «construcción no autorizable en suelo no urbano» contenida en el art. 319.2 CP 1995, que sanciona su ejecución, debe entenderse en el sentido de que por no autorizable se considerará lo que no sólo no está permitido, sino que en el futuro tampoco podrá ser permitido ni autorizado, de tal suerte que debe reservarse el tipo en cuestión, dado además el carácter fragmentario del Derecho penal y el principio de intervención mínima que lo informa, para aquellas infracciones urbanísticas que adolezcan de irregularidad de las que ni siquiera quepa posibilidad de una posterior subsanación, autorización o convalidación, y en el caso de autos, si se atiende a la prueba pericial practicada en el acto del juicio por perito designado judicialmente, no puede afirmarse que la situación de ilegalidad administrativa en que se haya la construcción litigiosa no podrá ser objeto de subsanación posterior TS 2.ª S 13 Jul. 1998.

III. SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. ART. 319.4 CP

El art. 319.4 contiene una regla genérica para todos los supuestos delictivos previstos en ese precepto, siempre que fueran cometidos por una persona jurídica, conminándola con la pena de multa de uno a tres años, salvo que el beneficio obtenido

por el delito fuese superior a la cantidad resultante, en cuyo caso la multa será del doble al cuádruple del montante de dicho beneficio.

IV. EL DELITO DE PREVARICACIÓN DEL ART.320 CP

1. “La autoridad o funcionario público que a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas de ordenación territorial o urbanísticas vigentes, o que con motivo de inspecciones haya silenciado la infracción de dichas normas o que haya omitido la realización de las inspecciones de carácter obligatorio será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de un año y seis meses a cuatro años y la de multa de doce a veinticuatro meses”.
2. “Con las mismas penas se castigará la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de la aprobación de los instrumentos de planeamiento, los proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de licencias a que se refiere el apartado anterior, a sabiendas de su injusticia.”

El art. 320 contiene una figura delictiva regulada igualmente, en el ámbito de los Delitos relativos al Patrimonio Histórico art. 322 CP y a la protección del Medio Ambiente art. 329 CP. Se trata de una forma especial de prevaricación cuya tipología, aplicada al ámbito urbanístico, ofrece una doble modalidad delictiva, que legalmente se concreta en dos figuras de contenido distinto, aunque sancionadas con la misma pena. La conducta de prevaricación específica, con la que se reprocha la conducta de autoridades o funcionarios que coadyuven a la lesión del bien jurídico protegido, podemos decir que puede concretarse en tres infracciones:

El delito de emisión de informes favorables a instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas de ordenación territorial o urbanística. Se trata de un delito especial y de mera actividad, pues para su consumación únicamente se exige la emisión de dichos informes favorables a los actos ilegales descritos en el tipo. Así, la primera de ellas consiste en que la autoridad o funcionario público “haya informado favorablemente instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación, o la concesión de licencias contrarias a las normas de ordenación territorial o urbanística vigentes», o que «con motivo de la inspección haya silenciado la infracción de dichas normas u omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio”. Así pues, la normativa vigente afecta tanto a aquella sobre ordenación del territorio, es decir, la que concierne a

contenidos espaciales globales, como también a las que afecten al urbanismo en exclusiva, esto es, a un espacio propio de cualquier ciudad, lo que significa que dicho tipo ampara determinadas acciones que pudiendo vulnerar las normas de ordenación territorial no afecten en cambio a las urbanísticas stricto sensu.

Esta infracción constituye una modalidad específica de la figura genérica sobre prevaricación, castigada en el art. 404 CP, a cuya penalidad remite parcialmente y de cuya naturaleza y requisitos participa, ya que, al igual que ella, el art. 320 protege el correcto ejercicio del poder público en el ámbito territorial y urbanístico que en un Estado de Derecho no puede ejercerse de forma arbitraria, y permite afirmar que el contenido del presente delito se materializa en la vulneración de una norma administrativa, concerniente a la materia urbanística, con independencia de que, además, se acompañe de otros menoscabos ulteriores, como pueden ser los que afecten a la racional distribución del espacio o a la calidad de vida de las personas.

Las modalidades de conducta que esta figura delictiva ofrece están técnicamente estructuradas de forma alternativa: de una parte, informar favorablemente la concesión de una licencia contraria a las normas urbanísticas, y, de otra, informar favorablemente un proyecto de edificación. Informar significa suscribir un dictamen en el que se formula un juicio sobre la viabilidad de un asunto en materia de urbanismo, bastando con que el informe en cuestión sea oral, y no necesariamente escrito. Puesto que la conducta típica consiste en “informar favorablemente”, a efectos penales resulta impune la emisión de un informe negativo o “desfavorable” cuando proceda en Derecho que sea positivo, si bien dicha emisión podría integrar una infracción administrativa o disciplinaria. Además, en la medida en que el art. 320.1 no lo hace de forma expresa, debe entenderse que el “informe favorable” al que alude puede recaer sobre cualquier tipo de licencia, siempre que dicho informe vulnere las normas urbanísticas o de ordenación territorial. Se requiere un acto positivo, normalmente de forma escrita, a través del que el sujeto activo se pronuncia.

La segunda conducta tipificada sería la de silenciar la infracción de las normas de ordenación territorial o urbanística, descubierta mediante la realización de la inspección, o la de omitir la realización de inspecciones de tal contenido, y de carácter obligatorio. Es un delito especial y de mera omisión. En efecto, hay dos modalidades emisivas de comisión del tipo penal: a saber, silenciar con motivo de las inspecciones realizadas la infracción de normas urbanística o de ordenación del territorio, de una parte, y, de otra,

omitir la inspección de carácter obligatorio. En consecuencia, y aunque no puede negarse que la cuestión sea de antemano bastante compleja de resolver, siempre que exista un deber legal específico del funcionario de actuar de manera positiva en alguno de esos dos sentidos, y dicho deber se omita, podría entenderse cometido el presente delito en comisión por omisión, dada su evidente posición de garante. Se trata del delito de resolución o voto a favor de la aprobación de esos instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación, o de concesión de licencias contrarias a las normas de ordenación territorial o urbanística. Así: La segunda conducta tipificada sería la de silenciar la infracción de las normas de ordenación territorial o urbanística, descubierta mediante la realización de la inspección, o la de omitir la realización de inspecciones de tal contenido, y de carácter obligatorio. Es un delito especial y de mera omisión. En efecto, hay dos modalidades omisivas de comisión del tipo penal: a saber, silenciar con motivo de las inspecciones realizadas la infracción de normas urbanística o de ordenación del territorio, de una parte, y, de otra, omitir la inspección de carácter obligatorio.

El art. 320.2 regula una segunda forma especial de prevaricación funcional, sancionada con idéntica pena que la prevista por el art. 320.1 para el supuesto delictivo anterior. La conducta típica consiste en “resolver o votar a favor de la aprobación de los instrumentos de planeamiento”, así como de cualquier otro de los proyectos o concesión de licencias, previstos en el apartado 1 del citado precepto, siempre que la autoridad o el funcionario actúen por sí mismos o como miembros de un organismo colegiado y a sabiendas de su injusticia. Así pues, puede entenderse que las hipótesis en las que el agente se abstenga, vote en contra o en blanco, serán impunes, a no ser que se trate de una abstención decisiva para lograr la mayoría necesaria, en cuyo caso cabría calificarlo como cooperador necesario.

De hecho, y en lo que a la prevaricación por omisión se refiere, la STS de 17 de julio de 2002 a partir de que el Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de 30 de junio de 1997 otorgara a los actos presuntos, realizados respecto de determinadas materias y bajo determinadas condiciones, el mismo alcance que si se tratara de una resolución expresa. Del mismo modo la Sección Primera de la AP de Palma, en Sentencia de 20 de julio de 2007 equiparó la realización de la conducta típica de manera positiva, es decir, dictando la resolución, como no respondiendo a peticiones que se le planteen legítimamente y respecto de las que debe existir una resolución, pues ésta

también se produce por la negativa a responder; o, lo que es lo mismo, como delito de infracción de un deber, éste queda consumado con la doble modalidad de acción o comisión por omisión a través del “claro apartamiento de la actuación de la autoridad del parámetro de la legalidad convirtiendo su actuación en expresión de su libre voluntad, y por tanto, en arbitraria” .

En relación a los sujetos activos, está claro que nos encontramos en presencia de un delito especial que sólo puede cometerse por autoridad o funcionario público. A efectos penales, la determinación de ambos conceptos debe coincidir con la definición que de ellos ofrece el art. 24 CP así como mantenida por la jurisprudencia del TS: “el que por sí solo o como miembro de alguna corporación tenga mando o ejerza jurisdicción propia. La pena prevista se les impondrá también, de forma conjunta, la de prisión de un año y seis meses a cuatro años y la de multa de doce a veinticuatro meses.

Las modalidades de conducta descritas en el art. 320.1 CP solo admiten la comisión dolosa, ya que la autoridad o el funcionario deben haber actuado a sabiendas de su injusticia; expresión legal que parece requerir la concurrencia en ellos de un dolo intensificado, quedando por tanto eliminada la posible comisión mediante el dolo eventual, para algunos autores totalmente inadmisibles desde una perspectiva político-criminal. Concluyendo, no basta con el simple conocimiento de la contravención de las normas de planeamiento, pues en ese caso estaríamos en presencia de una simple infracción administrativa, ya prevista y sancionada por la legislación extra-penal, sino que es necesaria la presencia de un requisito añadido para conformar el dolo: ese plus de ilegalidad. Por tanto, la comisión imprudente y mediante dolo eventual de estas conductas entrarían de lleno en la vía administrativa a efectos de su correspondiente sanción.

Por otra parte, de los tipos del artículo 320 CP solo responden las autoridades y funcionarios, en los términos expresados en el artículo 24 CP. Respecto a los delitos específicos de prevaricación al ser de mera actividad, admiten como formas punibles la tentativa inacabada y la consumación. El tercer tipo indicado es un tipo de mera omisión, que no plantea formulas imperfectas.

Finalmente, una breve alusión a la posible estimación de la atenuante de dilaciones indebidas (art. 11.6 CP ha sido admitida jurisprudencialmente, siguiendo el criterio interpretativo del TEDH acerca del art. 6 del Convenio para la Protección de Derechos Humanos, y de las Libertades Fundamentales, que reconoce a toda persona “el

derecho a que la causa sea oída en un plazo razonable”, ha admitido en ocasiones esta atenuante de la responsabilidad. Precisamente, como cualificada la apreció la SAP de Madrid de 23 de marzo de 2012 al rebajar en un grado la pena impuesta al alcalde, al aparejador y al concejal de un determinado Ayuntamiento, condenados los tres por un delito continuado de prevaricación urbanística en comisión por omisión , quedando determinada dicha continuidad desde el instante en que, en dos momentos diferentes y para dos urbanizaciones distintas también, los sujetos emitieron sendos informes favorables, a sabiendas de que los proyectos vulneraban las normas urbanísticas vigentes.

Ahora bien, esta misma Sentencia, apelando a otra del TS, de fecha anterior, la 755/2007, señala que no es suficiente la mera ilegalidad, pues ya las normas administrativas prevén supuestos de nulidad controlables por la jurisdicción contencioso-administrativa, sin que, por tanto, sea necesaria en todo caso recurrir al Derecho penal cuya aplicación quedará de esta forma restringida a los casos más graves. Por ello, insiste dicha STS no son identificables en términos absolutos los conceptos de “nulidad de pleno derecho” y de “prevaricación”, pues la jurisprudencia del alto Tribunal ya ha señalado en otras ocasiones que el delito de prevaricación, cuya esencia radica en la utilización arbitraria del poder, se comete cuando la resolución arbitraria adoptada por el funcionario o la autoridad respecto de un asunto administrativo no encuentre apoyo posible en ninguna interpretación razonable del Derecho aplicable, ya que, en ese caso, la resolución no constituye en realidad una auténtica aplicación del Derecho sino únicamente una imposición de la voluntad del autor, convertida de esta forma en aparente fuente de normatividad.

V. BIBLIOGRAFÍA

Constitución Española

Código Penal de 1995.

Ley 5/2010, de reforma del CP

Ley 1/2015, de 31 de marzo, de reforma del CP.

VERCHER NOGUERA, A., El esquema y estructura de la nueva especialidad de urbanismo y medio ambiente en el seno del Ministerio Público, Revista La Ley Penal, 38, Sección Estudios. Mayo 2007.

DÍAZ MANZANERA, J.L., El delito urbanístico en la jurisprudencia reciente, La Ley Penal, 50, Sección Informe de Jurisprudencia, Junio 2008.

LAMARCA PÉREZ, C. (coord.), Delitos y Faltas. La parte especial de Derecho Penal, Madrid, Colex, 2012.

CARMONA SALGADO, C., Tratamiento penal de la ordenación del territorio y el urbanismo tras la reforma de 2010. Fracaso del control preventivo administrativo y corrupción urbanística, La Ley Penal, 103, Sección Legislación aplicada a la práctica, Julio-Agosto 2013.

— Delitos urbanísticos, La Ley Penal, 38, Sección Monografías Jurisprudencia. Mayo. Madrid 2007.

DELGADO GIL, A, Delitos urbanísticos y contra el medio ambiente, Manual de la UDIMA, Madrid 2014.

Memento Penal 2015. Francisc Lefebvre.

* * * * *

Cristina Giralt Padilla

Juez Sustituta adscrita a la Audiencia Provincial de Tarragona. Socia de la FICP.

~Aproximación a los delitos leves tras la LO 1/15 de 30 de marzo. Consecuencias voluntarias e involuntarias de la reforma~

I. INTRODUCCIÓN

Una de las principales novedades de la LO 1/2015 de 30 de marzo de reforma del Código Penal, que entrará en vigor el próximo 1 de julio, es la desaparición de la tradicional distinción entre delitos y faltas¹. Las infracciones penales se clasificarán ahora en delitos graves, menos graves y leves, siendo éstos últimos aquellos que se castigan con penas leves.

Ello no supone que las conductas que se regulaban como faltas desaparezcan, pues si bien algunas de ellas han sido despenalizadas, lo cierto es que otras siguen siendo constitutivas de ilícito, si bien pasan a denominarse “delitos leves” y, como tales, el Código Penal los contempla junto a los delitos de la misma naturaleza, por lo que queda derogado el Libro III del Código Penal que estaba reservado a las faltas.

El fundamento de tal modificación responde a criterios de política criminal. Así, el Preámbulo de la LO 1/15, en su apartado I, establece que

“se suprimen las faltas que históricamente se regulaban en el Libro III del Código Penal, si bien algunas de ellas se incorporan al Libro II del Código reguladas como delitos leves. La reducción del número de faltas –delitos leves en la nueva regulación que se introduce- viene orientada por el principio de intervención mínima, y debe facilitar una disminución relevante del número de asuntos menores que, en gran parte, pueden encontrar respuesta a través del sistema de sanciones administrativas y civiles”.

Asimismo, en el apartado XXXI del preámbulo se hace referencia a la necesidad de primar la racionalización del uso del servicio público de Justicia, para reducir la elevada litigiosidad que recae sobre juzgados y tribunales, así como se recuerda el principio de intervención mínima del Derecho Penal, al establecer que debe quedar reservado para la solución de los conflictos de especial gravedad. Del mismo modo, se contiene que desde hace años, muchos operadores jurídicos venían reclamando la supresión de las infracciones penales constitutivas de falta, debido a la notoria desproporción que existe entre los bienes jurídicos que protegen y la inversión en

¹ En el Código Penal de 1848 las infracciones penales se clasificaban en crímenes, delitos y contravenciones. A partir del Código Penal de 1932, se sustituye la clasificación tripartita de las infracciones penales por la bipartita: delitos y faltas. Esta clasificación es la que ha permanecido hasta el actual Código.

tiempo y medios que requiere su enjuiciamiento y, por otro lado, por cuanto en muchos casos se trata de conductas carentes de gravedad suficiente para precisar un reproche penal.

De ahí, considera el legislador, que la tipificación de determinadas conductas como faltas penales obedece a simples razones de política criminal, que en el momento actual carecen de suficiente justificación.

La nueva denominación, pasando algunas de las antiguas faltas a ser consideradas delitos leves, no supone necesariamente una agravación de las conductas ni de las penas que actualmente se aplican a las faltas. En este sentido, como se decía, algunos comportamientos tipificados hasta ahora como falta desaparecen del Código Penal y se reconducen hacia la vía administrativa o la vía civil. Sólo se mantienen aquellas infracciones merecedoras de suficiente reproche penal como para poder incluirlas en el catálogo de delitos, configurándose en su mayoría como delitos leves castigados con penas de multa.

La reforma ha supuesto la modificación también de algunas de las penas consideradas leves y, por lo que en este análisis interesa, en concreto la pena de multa que llevan aparejada ahora esos delitos leves. Ello tiene consecuencias tanto a nivel de derecho sustantivo como procesal, si bien lo cierto es que, tras el análisis de la nueva redacción del Código Penal, parece desprenderse que algunas de estas consecuencias no han sido buscadas de propósito por el legislador. Y ello, por cuanto el incremento de la pena leve de multa hasta los tres meses, va a suponer que delitos que eran menos graves, ahora se conviertan en delitos leves, sin que parezca que el legislador haya sido consciente de este efecto.

II. MARCO NORMATIVO

Tras la reforma, el artículo 13 Código Penal, en su apartado 3º, establece que son delitos leves las infracciones que la ley castiga con pena leve. Mientras que, en su apartado 4º, dispone que cuando la pena, por su extensión, pueda considerarse como leve y menos grave, el delito se considerará, en todo caso, como leve. Esta norma es precisamente la que comporta que determinados delitos cuya pena de multa no ha sido incrementada por la reforma, pasen a ser ahora delitos leves.

Asimismo, resulta paradójico que entre penas menos graves y graves, el mismo apartado 4º del art. 13, dispone el efecto contrario, pues establece que cuando la pena,

por su extensión, pueda ser considerada como pena grave y menos grave, entonces el delito se considera grave.

El artículo 33.4 CP enumera el catálogo de penas leves y, en particular, supone la supresión de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad como pena leve (ahora ya sólo es pena menos grave), así como aumenta la pena de multa, pues mientras que con anterioridad a la reforma la pena leve de multa era de diez días a dos meses, con la LO 1/15 la pena leve de multa se incrementa hasta tres meses. De ahí que, tal y como establece el art. 33.3º para que la pena de multa pueda ser considerada pena menos grave, será necesario que lo sea por más de tres meses (3 meses y 1 día como mínimo).

En este sentido, cuando el legislador modifica las infracciones que anteriormente eran constitutivas de falta y ahora lo son de delito leve, incrementa la sanción penal que llevan aparejada, pudiendo ser impuesta por un período de hasta tres meses. Sin embargo y, como se analizará seguidamente, existen otros muchos delitos que llevaban y siguen llevando aparejadas penas cuyo marco inferior parte de los tres meses y que, por tanto, por aplicación de lo dispuesto en el art. 13.4 CP, debiendo estarse a toda la extensión de la pena, a partir de esta reforma van tener que ser considerados delitos leves.

III. CONSECUENCIAS VOLUNTARIAS DE LA REFORMA

La desaparición de las faltas y la consideración de algunas de las antiguas conductas como delitos leves, tiene efectos tanto en el ámbito sustantivo como en el procesal, pues aun cuando dichos comportamientos típicos pasen a ser regulados dentro del Libro II dedicado a los Delitos, precisamente su naturaleza de infracción penal leve implica una serie de consecuencias.

1. De tipo sustantivo

En primer lugar, las condenas por delitos leves no pueden ser tenidas en cuenta a efectos de reincidencia. En este sentido, el nuevo art. 22.8º CP establece que no se computarán a efectos de reincidencia los antecedentes penales que correspondan a delitos leves. Debe hacerse notar que en la redacción anterior, ni tan siquiera se hacía mención a las condenas por faltas, precisamente porque las faltas no se inscribían en el Registro de Penados, así como que el precepto contenía la expresión “*cuando, al delinquir*”, lo que a juicio de la doctrina y la Jurisprudencia excluía las condenas por

faltas. En cambio, ahora las condenas por delitos leves también deben ser objeto de inscripción en el Registro de Penados.

De lo anterior se deduce la necesidad de que la información sobre la sentencia condenatoria se anote en el Registro de Penados con total fidelidad, incluyendo el tipo delictivo concreto, para evitar precisamente que una condena por delito leve pueda ser tenida en cuenta a efectos de reincidencia. A título de ejemplo, si al inscribir la sentencia que condena por delito de lesiones, únicamente se anota como artículo el 147 CP, sin hacer referencia al apartado 2º o 3º (delitos leves), ello puede llevar a confusión tanto a las acusaciones que deban calificar la existencia o no de reincidencia, como al órgano judicial a la hora de determinar la concurrencia de agravante. De este modo, resultará esencial que la información que se anote en el Registro sea precisa, si bien en caso de duda, lo óptimo será solicitar testimonio de la sentencia dictada para despejar cualquier duda, circunstancia que en ocasiones puede suponer que la tramitación se dilate, pues obligará a exhortar al Juzgado que conozca de la ejecutoria para remita dicho testimonio, lo que en aquellos supuestos en que las diligencias se tramiten como Juicio Rápido es posible que dicha información no pueda obtenerse con la celeridad necesaria.

En segundo lugar y en relación a las reglas generales para aplicación de las penas, el nuevo artículo 66.2 CP establece que en los delitos leves y los imprudentes, los jueces y tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el apartado anterior. Esta circunstancia no es una novedad, puesto que el aún en vigor artículo 638 CP establece en relación a las penas de las faltas que los jueces y Tribunales no están sujetos a las reglas contenidas en los art. 61 a 72 del CP.

Por otro lado, las condenas por delitos leves no pueden ser valoradas a efectos de conceder la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad. Así, el art. 80.2.1ª CP establece como condición para la obtención del beneficio, que el condenado haya delinquido por primera vez, haciendo expresa referencia a que a tal efecto no se tendrán en cuenta las condenas anteriores por delitos imprudentes o por delitos leves. Valga, por tanto, lo anteriormente expuesto en orden a la cabal importancia de que conste fehacientemente en el Registro de Penados el concreto delito por el que se fue condenado el sujeto.

Por último, en materia de prescripción, el art. 131.1 CP establece que los delitos leves prescriben al año. Ello sí supone una novedad respecto a las antiguas faltas, pues

éstas prescribían por el plazo de 6 meses. La razón del incremento del período de prescripción se debe, en mayor medida, a que debido a la elevada litigiosidad y la carga de trabajo a que están sometidos de los órganos judiciales, el plazo de seis meses se mostraban en muchas ocasiones insuficiente para poder enjuiciar los hechos, de modo que un gran número de procedimientos por faltas acababan prescribiendo.

Pero tal vez lo que resulta más innovador en relación a la prescripción, es la norma contenida en el apartado 2º del citado art. 131 CP, pues establece que cuando la pena señalada por la ley fuere compuesta, se estará, para la aplicación de las reglas comprendidas en este artículo, a la que exija mayor tiempo para la prescripción. Ello implica la necesidad de determinar qué debe entenderse por “pena compuesta”. Así, el precepto puede estar refiriéndose a aquellos delitos que llevan aparejadas dos penas, ya sea de forma alternativa o acumulativa. En este sentido, si las penas son acumulativas, es decir, que deben imponerse ambas penas obligatoriamente, resulta obvio que habrá que estar al plazo de prescripción para la pena de mayor gravedad. En cambio, si el texto legal prevé la posibilidad de aplicar una u otra pena, esto es, se trata de una pena alternativa, en mi opinión no cabe entender que deba aplicarse el plazo de prescripción de la pena de mayor gravedad, ello iría en perjuicio del reo.

Otra posible interpretación de la remisión a la “pena compuesta” contenida en el art. 131.2º podría ser, precisamente, que si la misma pena en toda su extensión puede ser considerada como leve o menos grave, o en su caso, como grave o menos grave, entonces habrá que estar al plazo de prescripción previsto para la de mayor gravedad. Ello implicaría, por ejemplo, que en un delito cuya pena sea de 3 meses a 6 meses de multa (delito leve por aplicación del art. 13.4 CP, entonces habría que estar a un plazo de prescripción de 5 años, en vez de 1 año previsto para las penas leves, lo que significaría que un delito leve tendría un plazo de prescripción de 5 años y, resulta evidente que ello es contrario a lo que dispone el propio art. 131.1 cuarto párrafo cuando establece que “los delitos leves prescriben al año”.

2. De tipo procesal

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que determinadas conductas que tenían la consideración de faltas “públicas”, pasan con la reforma a ser delitos leves de carácter privado. Esta conclusión se alcanza del análisis de las distintas conductas contenidas en el art. 147 CP que regula el tipo de lesiones dolosas. Así, las antiguas faltas de lesiones del art. 617.1 o del maltrato de obra sin causar lesión del art. 617.2 CP, pasan ahora a

ser consideradas delitos leves, respectivamente, en el art. 147.2 y 147.3. Asimismo, el apartado 4º de este nuevo art. 147 CP establece que los delitos leves previstos en los apartados 2º y 3º, sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada, o de su representante legal.

Ello significa que, a diferencia de lo que ocurría en el Código aún vigente con las faltas de lesiones, será precisa la denuncia del perjudicado, o en caso de que sea menor o persona discapacitada será el Ministerio Fiscal quien ejercite la acción. De este modo, no se trata de delitos perseguibles de oficio, sino que se exige como requisito de procedibilidad, la previa denuncia del ofendido. El artículo 105 LECrim que ha sido asimismo modificado por la LO 1/15 establece que, en los delitos perseguibles a instancia de persona agraviada, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal si ésta fuera menor de edad o persona con discapacidad, del mismo modo que se contiene en el aún vigente art. 639 CP para las faltas.

En otro orden de cosas, la reforma ha supuesto también la modificación de varios preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para adaptarla a la nueva regulación de los delitos leves. En este sentido, el artículo 14 LECrim establece la competencia del Juez de Instrucción para el conocimiento y fallo de los delitos leves. Ello, en principio, no parece una gran novedad, ya que los Jueces de Instrucción eran los competentes para conocer de las faltas; sin embargo, como se analizará posteriormente, el nuevo elenco de penas leves y, en concreto, la pena de multa, va a significar que los Jueces de Instrucción sean competentes también para conocer de delitos que antes eran menos graves pero que, tras el incremento de la pena de multa, deben ahora tener la consideración de delitos leves. A mayor abundamiento, con la nueva regulación se elimina ya la competencia de los Jueces de Paz que, hasta ahora y en determinados supuestos, eran los competentes para conocer de algunas de las faltas.

Por último, la reforma modifica el Libro VI de la LECrim, que pasa a llamarse “del procedimiento para el juicio sobre delitos leves”. Los art. 962 y siguientes de la LECrim regulan el procedimiento para enjuiciar los delitos leves, siendo la novedad más destacable la introducción del principio de oportunidad, pues cabe el sobreseimiento a instancia del Ministerio Fiscal cuando se trate de un delito leve de muy escasa gravedad y no exista un interés público relevante para la persecución del hecho.

IV. CONSECUENCIAS INVOLUNTARIAS DE LA REFORMA.

Como se ha expuesto anteriormente, una de las modificaciones de la reforma operada por LO 1/15 y que afecta a materia de penas, es la relativa a la de pena de multa, por cuanto ahora la multa leve tiene una duración de hasta tres meses (art. 33.3), esto es, hasta 90 días². Conjugando esta modificación con lo dispuesto en el art. 13.4 CP, ello comporta que existen varios tipos penales que, al no haberse modificado la pena que llevan aparejada y ser su límite inferior 3 meses de multa, van a pasar a tener la consideración de delitos leves, pues dicho precepto establece que, en aquellos casos en que una pena pueda considerarse como leve y menos grave, por su extensión, el delito se considerará en todo caso, como leve.

De este modo, tal y como ya han apuntado algunos autores³, únicamente pueden considerarse delitos menos graves aquellos que lleven aparejada pena de multa por tiempo superior a 3 meses, es decir, que será necesario que el tipo contenga una pena mínima de 3 meses y 1 día, pues de lo contrario estaremos ante una pena leve.

De ahí que, a todos aquellos delitos que tengan señalada como pena principal única la multa y cuyo límite inferior sea de 3 meses, les resultará de aplicación el art. 13.4 CP, de modo que todos esos delitos van a tener consideración de delitos leves. Como se analizará, no son pocos los preceptos del Código Penal que contienen una pena de multa cuyo mínimo constituye pena leve y, en cambio, el límite máximo constituye pena menos grave (p.ej. delitos con pena de 3 a 6 meses de multa, 3 a 12 meses, 3 a 18 meses, etcétera).

Ni del contenido del Preámbulo de la LO 1/15 de 30 de marzo, ni de las modificaciones que se han producido en las anteriores faltas que ahora son consideradas delitos leves, parece desprenderse que ésta fuera una consecuencia perseguida por el legislador, sino que parece más bien fruto de una falta de previsión, pues de otro modo no se alcanza a comprender qué sentido tendría la inclusión de algunas de las antiguas faltas (ahora delitos leves) junto a los respectivos preceptos que regulan los delitos menos graves, ni la distinción entre ellos. Asimismo, teniendo en cuenta que la LO 1/15 establece que se ha querido denominar a las antiguas faltas como “delitos leves”, no

² En este sentido, el artículo 50.4 CP establece que, a efectos de cómputo se entenderá que los meses son de treinta días.

³ GONZÁLEZ RUS, J.J, Secuelas colaterales no pretendidas de la LO 1/2015 de 30 de marzo, de reforma del Código Penal, Diario La Ley nº 8553, 2015. Ed. La Ley

tiene sentido que, determinadas infracciones que no tienen correlación con ninguna de las antiguas faltas, pasen ahora a tener consideración leve.

Con la finalidad de que pueda comprenderse mejor el alcance de esta consecuencia, procederé seguidamente a analizar todos aquellos supuestos en que, el incremento del límite máximo de la pena de multa leve, puede suponer que estemos ante un delito que deba considerarse menos leve⁴. Así, salvo en tres supuestos que constituyen nuevos tipos penales (art. 142.2, 152.2 y 337 bis CP), existen hasta 19 tipos más a los que afecta tal incremento de la pena leve de multa hasta 3 meses:

- 1) Homicidio por imprudencia menos grave (art. 142.2º), que lleva aparejada pena de multa de 3 meses a 18 meses.
- 2) Lesiones por imprudencia menos grave (art. 152.2), que lleva aparejada pena de multa de 3 meses a 12 meses.
- 3) Detención ilegal por un particular para presentarlo ante la autoridad, fuera de los casos permitidos por la ley (art. 163.4), que lleva aparejada una pena de multa de 3 a 6 meses.
- 4) Omisión del deber de socorro (art. 195.1), que lleva aparejada pena de multa de 3 a 12 meses.
- 5) Injurias graves sin publicidad (art. 209), que lleva aparejada una pena de multa de 3 a 7 meses.
- 6) Hurto posesorio (art. 236.1), que lleva aparejada una pena de multa de 3 a 12 meses.
- 7) Hurto de uso de vehículo a motor o ciclomotor (art. 244.1), que lleva aparejada pena de 31 a 90 días de trabajos en beneficio de la comunidad o multa de 2 a meses a 12 meses.
- 8) Ocupación bienes inmuebles que no constituyen morada, sin autorización de su dueño (art. 245.2), que lleva aparejada una pena de multa de 3 a 6 meses.
- 9) Alteración de términos o lindes por valor superior a 400 euros (art. 246.1), que lleva aparejada una pena de multa de 3 a 18 meses.

⁴ GONZÁLEZ RUS, J.J., Diario La Ley nº 8553, 2015. En dicho artículo el autor cita 18 preceptos del CP que quedan afectados por la reforma.

- 10) Distracción de aguas por valor superior a 400 euros (art. 247.1), que lleva aparejada una pena de multa de 3 a 6 meses.
- 11) Apropiación indebida por error del transmitente en cuantía superior a 400 euros (art. 254.1), que lleva aparejada una pena de multa de 3 meses a 6 meses.
- 12) Defraudación del fluido eléctrico por valor superior a 400 euros (art. 255.1), que lleva aparejada una pena de multa de 3 a 12 meses.
- 13) Hacer uso de un equipo terminal de telecomunicación con perjuicio superior a 400 euros (art. 256), que lleva aparejada una pena de multa de 3 a 6 meses.
- 14) Daños causados por imprudencia grave (art. 267), que lleva aparejada pena de multa de 3 meses a 9 meses.
- 15) Contra la propiedad intelectual o industrial, por venta ambulante u ocasional de escaso valor económico (art. 270.4 segundo párrafo y 274.3 segundo párrafo).
- 16) Daños causados por imprudencia grave en museos, archivos, bibliotecas (art. 324), que lleva aparejada una pena de multa de 3 meses a 18 meses.
- 17) Abandono de un animal doméstico o amansado (art. 337 bis), que lleva aparejada una pena de multa de 1 a 6 meses.
- 18) Falsificación de certificados por facultativo (art. 397), que lleva aparejada una pena de multa de 3 meses a 12 meses.
- 19) Falsificación de certificados por particular (art. 399.1), que lleva aparejada una pena de multa de 3 meses a 6 meses.
- 20) Acusación falsa de un delito leve (art. 456.1.3º), que lleva aparejada una pena de multa de 3 meses a 6 meses.
- 21) Destrucción, inutilización u ocultación de documentos por particular (art. 465.2), que lleva aparejada una pena de multa de 3 meses a 6 meses.
- 22) Proporcionar la evasión de un condenado, preso o detenido por familiares (art. 470.3), que lleva aparejada una pena de multa de 3 meses a 6 meses.

De lo anterior se infiere que, salvo en los tipos citados en los números 1, 2 y 17 que constituyen nuevas infracciones sin correspondencia con la regulación anterior, en todos los demás casos no se han modificado las penas que estos delitos menos graves llevaban aparejadas y, como quiera que su límite inferior es pena leve (3 meses de

multa), por aplicación del art. 13.4 CP, pasan a tener la consideración de delitos leves. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que algunos de estos delitos se castigan con penas alternativas, por lo que es discutible su consideración como delitos leves.

En cualquier caso y como se expondrá, tras analizar la naturaleza y características de algunos de estos tipos penales, se refuerza aún más si cabe la tesis de que la calificación de determinados delitos como leve a causa del incremento de la pena de multa hasta 3 meses, no ha sido una opción valorada y perseguida por el legislador de forma consciente.

Respecto al elenco de delitos anteriormente señalados, en primer lugar, deben analizarse aquellos en los que no existe duda acerca de su consideración como delitos leves, tras la reforma de la LO 1/15. Así ocurre, por ejemplo, con delitos como la omisión del deber de socorro (art. 195.1), la detención ilegal por particular para presentarlo a la autoridad fuera de los supuestos permitidos por la ley (art. 163.4), la ocupación de bienes inmuebles (art. 245.2), o las falsificaciones de certificados (art. 397 y 399), que siempre han constituido delitos menos graves y no tienen correlación con otras infracciones leves, ni se desprende de la exposición de motivos de la LO 1/15 que ello obedezca a razones de política criminal por menor reprochabilidad de la conducta, pues ni tan siquiera se mencionan esas infracciones como algunas de las reformadas.

Por otro lado, existen infracciones como la alteración de lindes (art. 246), la distracción de aguas (art. 247), o la defraudación de fluido eléctrico (art. 255), en las que la diferencia entre el delito menos grave y la falta, venía constituido por el valor de los daños o la defraudación, de modo que si superaba los 400 euros era delito menos grave y, si no excedía de dicha cuantía, era una falta. Con la reforma, esas infracciones por valor no superior a 400 euros se convierten en delitos leves, pues así se contiene expresamente en la ley, así como se introducen en un segundo apartado dentro del mismo precepto que contiene la conducta cuando el daño excede de 400 euros. Sin embargo, ésta última también tendrá ahora la consideración de leve, por lo que si la voluntad del legislador hubiera sido relegar todas esas acciones típicas a la categoría de delitos leves, no habría sido necesario introducir nuevos apartados, sino que hubiera bastado con diferenciar el límite máximo de la pena de multa, en orden a la gravedad del daño producido.

En todos estos supuestos, si la verdadera intención de legislador hubiera sido rebajar la consideración de esas conductas típicas a la categoría de delitos leves, ningún

sentido tiene que el límite máximo de la pena de multa constituya pena menos grave. Nótese, que algunos de estos tipos llevan aparejadas penas de hasta 18 meses de multa (art. 324), de lo que se deduce que no era la voluntad inicial del legislador que tales conductas tuvieran la consideración de delitos leves.

Uno de los casos más llamativos, es el relativo al delito de injurias graves sin publicidad previsto en el art. 209 CP. Dicho precepto no ha sido modificado por la LO 1/15, de modo que, al llevar aparejada pena de 3 a 7 meses de multa, debe ser considerado como delito leve por aplicación de lo dispuesto en el art. 13.4 CP. Resulta paradójico que, precisamente, siendo una de las novedades de la reforma la despenalización de las injurias leves entre quienes no guardan las relaciones a las que se refiere el art. 173.2 CP y que antes eran constitutivas de falta (art. 620 CP, en cambio, con la reforma, las injurias del art. 209 que tienen la consideración de “graves” según el propio tenor del precepto, tendrán naturaleza de delito leve.

Por cuanto se refiere al segundo bloque de delitos, son aquellos en los que la pena de multa prevista va acompañada de otras penas, ya sea de forma imperativa o potestativa. Así, el delito de abandono de animales domésticos o amansados, introducido por la LO 1/15 en el art. 337 bis, lleva aparejada una pena de 1 mes a 6 meses de multa. El hecho de que el propio precepto admita la posibilidad de que el Juez imponga, además, una pena de inhabilitación especial de 3 meses a 1 año para el ejercicio de profesión, oficio o comercio y para la tenencia de animales, entiendo que no convierte automáticamente al delito en menos grave. Y ello, por cuanto esta pena no es imperativa, sino potestativa. Ello implicaría que, si se impusiera exclusivamente pena de multa, el delito debe calificarse de leve, mientras que si considera procedente imponer además la pena de inhabilitación, estaríamos ante un delito menos grave, pues dicha pena tiene la consideración de menos grave (art. 33.3 CP).

Las consecuencias derivadas de tal conclusión son importantes, pues por ejemplo en el tema de la prescripción y atendiendo a lo dispuesto en el art. 131.2 CP, cabe plantearse si estamos ante un supuesto de pena “compuesta”. Es evidente que si la pena accesoria fuere de obligada imposición, sí se trataría de una pena compuesta y, por tanto, el plazo de la prescripción que habría que tener en cuenta es el de la pena menos grave (inhabilitación), lo que significa que habría que estar a un plazo de 5 años. Pero, como quiera que la pena de inhabilitación es potestativa y, en tanto no se imponga, el

delito sólo lleva aparejada pena de multa cuyo límite mínimo es leve, ello implicará que el delito deba estar sujeto al plazo de 1 año para la prescripción.

Asimismo, cabe preguntarse cuál sería en este caso el procedimiento aplicable, pues teniendo en cuenta que, por la pena que lleva aparejada, el delito del art. 337 bis debe ser considerado como delito leve, debería entonces tramitarse por el procedimiento establecido en el Libro VI de la LECrim y, por tanto, sería competencia del Juez de Instrucción⁵. Pero, ¿cabría entonces la posibilidad de que el Juez de Instrucción impusiera la pena accesoria catalogada como pena menos grave?. De la conjugación de los artículos 14.1 LECrim y 13.3 y 33.4 CP parece desprenderse que la respuesta debe ser negativa, lo cual desnaturaliza absolutamente la posible consecuencia punitiva de la conducta ilícita.

Otro supuesto dudoso es el del delito de hurto de uso de vehículo a motor o ciclomotor del art. 244.1 CP. Dicho precepto ha sido modificado expresamente por la LO 1/15 pues, con anterioridad, para que la conducta fuere constitutiva de delito, el valor del vehículo debía ser superior a 400 euros. Con la reforma no se exige como elemento configurador el valor del vehículo o ciclomotor, sino que la sustracción o utilización sin la debida autorización y sin ánimo de apropiárselo es constitutiva del ilícito penal, cualquiera que sea su valor. No obstante, se prevén para dicho delito penas alternativas, pues puede imponerse la pena de 31 a 90 jornadas de trabajos en beneficio de la comunidad o la de multa de 2 a 12 meses. La primera de estas penas tiene naturaleza menos grave (art. 33.3), en cambio, la segunda pena tiene naturaleza leve (art. 33.4 y 13.4).

Por lo tanto, para este delito, cabe plantearse las mismas cuestiones apuntadas anteriormente en relación al procedimiento aplicable y la competencia. Pero en este caso, atendiendo a que el delito tiene pena alternativa –esto es, se impondrá una u otra– y que una de ellas, por su extensión, supone la consideración del delito como leve, ello parece implicar su inicial configuración como delito leve y, por ende, la competencia del Juez de Instrucción para su enjuiciamiento y fallo. No obstante, considero que no puede dejarse la determinación del procedimiento y de la competencia al arbitrio de las

⁵ Opinión contraria defiende MUERZA ESPARZA, J., Aspectos procesales de los nuevos delitos leves, Diario la Ley, nº 8263, marzo 2014, Año XXXY, Ed La Ley. Dicho autor considera que el delito del art. 337 bis debe considerarse menos grave por cuanto “el único engarce que tiene con las penas leves es el que se produce por la vía expansiva del art. 13.4”. Sin embargo, añade, habrá que esperar en todo caso a ver cuál es y con qué fundamento el criterio que adopten los jueces.

peticiones de pena que puedan hacer las partes acusadoras y, sobre todo, teniendo en cuenta que la pena de trabajos en beneficio de la comunidad no puede imponerse sin consentimiento expreso del penado (art. 49 CP). De ello se deriva que, en este caso, las acusaciones deberían siempre solicitar pena de multa en sus escritos de calificación. Ello significaría que, un procedimiento que se habría tramitado como Diligencias previas y posterior incoación de procedimiento abreviado, debería transformarse en Juicio por delitos leves. No parece, por tanto, que el legislador haya sopesado las consecuencias procesales que puede traer consigo la instrucción de un delito de hurto de uso de vehículo a motor del art. 244.1 CP.

La solución más acertada, a mi juicio, sería considerar a este delito como leve, precisamente porque sólo puede imponerse una pena de las que prevé el precepto y, una de ellas, puede ser pena leve. En apoyo de tal conclusión, cabe citar la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en relación a los supuestos en que la pena que correspondía imponer pertenecía a dos escalas distintas, en cuyo caso considera que debe estarse a la pena abstracta fijada por el tipo y no a la que resulte del juego de las reglas de aplicación de la pena, por la imperfección delictiva, por el grado de participación, o por las circunstancias concurrentes⁶.

Del mismo modo, la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1989 de 8 de marzo, en relación con el procedimiento abreviado, consideraba que había que distinguir según si la elevación o degradación de la pena del tipo básico estaba prevista de forma obligatoria o potestativa en la ley. Así, si la ley expresamente prevé la atenuación o agravación de la pena, ésta será la que fijará el procedimiento a seguir. En cambio, si se trata de una facultad discrecional del órgano judicial, la pena que determine el proceso a seguir debe ser la correspondiente al tipo básico, al entender que tal determinación no puede quedar al arbitrio del juzgador.

Como puede observarse, tal doctrina no se refería a los mismos supuestos ahora analizados, si bien considero que puede atenderse a dichos criterios de forma analógica, dado que dicha interpretación resulta más beneficiosa para el reo. Así, si la Jurisprudencia y la Fiscalía General del Estado han venido considerando que, para determinar el procedimiento aplicable, hay que estar a la pena en abstracto y a la naturaleza potestativa de las penas, es evidente que los tipos analizados que llevan aparejadas penas leves o penas menos graves con carácter alternativo (no acumulativo),

⁶ Entre otras, STS de 29 de marzo de 2011 (ROJ STS 2605/2001) Ponente Ramos Gancedo.

teniendo en cuenta que por aplicación del art. 13.4 CP el delito tendrá la consideración de leve, habrá que estar a dicha naturaleza para determinar el procedimiento aplicable y la competencia objetiva.

Seguidamente, cabe analizar los delitos contra la propiedad industrial y la propiedad intelectual del art. 270.4 segundo párrafo y 274.3 segundo párrafo CP (comercio ambulante con beneficio económico reducido). En ambos supuestos, se establece que el Juez podrá imponer la pena de multa de 1 a 6 meses o de 31 a 60 jornadas de trabajos en beneficio de la comunidad. Se trata del mismo caso antes analizado, pues las penas son alternativas, siendo que una de las que puede imponerse, por su extensión, tiene naturaleza de pena leve y, por tanto, el delito pasa a ser considerado leve, con las consecuencias procesales anteriormente apuntadas.

En cambio, otros supuestos como los contenidos en los artículos 410.1 y 412.1 CP (denegación de auxilio por autoridad o funcionario público), llevan aparejadas penas de multa de 3 meses a 12 meses y pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 6 meses a 2 años. En este caso, ambas penas son acumulativas, es decir, deben imponerse las dos, de lo que se infiere que teniendo la inhabilitación consideración de pena menos grave, los delitos serán menos graves.

Por último, y aún cuando ya ha sido analizado, cabe hacer una mención especial al delito de omisión del deber de socorro del art. 195.1 CP. Como se ha dicho, lleva aparejada pena de 3 meses a 12 meses de multa, por lo que atendiendo a lo dispuesto en el art. 13.4 CP, el delito pasa a tener la consideración de delito leve. Asimismo, este es uno de los delitos que la LO 5/95 del Tribunal Jurado prevé en su artículo 1.2 c) y, por tanto, el conocimiento y fallo de tal delito corresponde a dicho Tribunal. Resulta sorprendente que, precisamente, este precepto de la Ley del Jurado ha sido expresamente reformado por la LO 1/15, habiéndose eliminado del elenco de delitos los de incendios, pero en cambio no se ha suprimido el delito del art. 195.1 y 2 CP. Ello significa que, un delito leve como ahora debe ser considerada la omisión del deber de socorro -pues el límite inferior de la pena es leve-, se deberá tramitar por el procedimiento ante el Tribunal del Jurado, lo cual es evidente que no se trata de una consecuencia querida o buscada de propósito por el legislador, dado que si lo que se pretende es agilizar la tramitación de procedimientos y optimizar los recursos públicos, ello es totalmente incompatible con el hecho de hacer uso de un procedimiento tan costoso para enjuiciar una conducta constitutiva de delito leve.

Todas las cuestiones planteadas son relevantes en la práctica judicial, pues si bien algunas de estas infracciones no suelen constituir el grueso de los delitos que son objeto de instrucción, en cambio existen otras como la ocupación de bienes inmuebles, el hurto de uso de vehículo a motor, e incluso la apropiación, que son relativamente comunes en los Juzgados de nuestro país, de modo que en todos estos casos, la competencia para el enjuiciamiento y fallo que venía atribuido, antes de la reforma, a los Juzgados de lo Penal, pasará ahora a los Juzgados de Instrucción como si de una antigua falta se tratase.

Todo ello evidencia la necesidad de adaptar algunos preceptos del Código Penal a las reformas operadas por LO 1/15 de 30 de marzo en materia de penas y, en concreto, en atención al contenido del tan alegado art. 13.4 CP, elevando en su caso las penas de dichas conductas en su límite mínimo a 3 meses y 1 día de multa o, cuanto menos, deviene necesario que el legislador introduzca modificaciones para aclarar cuestiones como el procedimiento por el que se deben tramitar dichos ilícitos, la competencia para el enjuiciamiento, los plazos de prescripción a que están sujetos, o cualesquiera otras que se plantean, precisamente, por el carácter de delito leve de tales conductas.

V. CONCLUSIONES

Una de las novedades de la LO 1/2015 de 30 de marzo, de reforma del Código Penal, es el abandono de la tradicional clasificación de las infracciones penales en delitos y faltas. A partir de su entrada en vigor, el 1 de julio de 2015, las infracciones se dividirán en delitos graves, menos graves y leves.

En materia de penas, la reforma ha elevado la pena de multa leve hasta los 3 meses, cuando antes era sólo hasta 2 meses. Asimismo, el nuevo art. 13.4 CP establece que, cuando la pena por su extensión, pueda considerarse como leve y como menos grave, el delito se considerará, en todo caso, como leve.

Lo anterior tiene consecuencias importantes en relación a determinados tipos penales que, hasta ahora constituían delitos menos graves. Así, existen conductas típicas que llevan aparejada exclusivamente pena de multa y cuyo límite inferior está determinado en 3 meses, por lo que aún cuando su límite superior pueda ser 6, 9 o 18 meses, por aplicación de la citada norma, el delito tiene la consideración de leve.

Analizando la naturaleza y las características de algunos de estos delitos que se ven afectados por la reforma, puede concluirse que esta no ha sido una consecuencia buscada de propósito por el legislador, sino que se trata de una falta de previsión, pues

ello se habría solucionado simplemente elevando el límite mínimo de la pena que llevan aparejada a los 3 meses y 1 día.

De los veintidós tipos penales que resultan afectados por tal reforma, hay algunos en los que no cabe albergar duda sobre su catalogación como delitos leves y, respecto a otros, lo cierto es que tal calificación dependerá de la interpretación que pueda darse a las otras penas alternativas que también prevén dichos preceptos.

De este modo, la consideración de estas conductas como delitos leves generará problemas en la práctica judicial, sobre todo a nivel procesal, para determinar cuál es el procedimiento por el que deben tramitarse y, por ende, la competencia objetiva para el enjuiciamiento y fallo.

* * * * *

Ildefonso Manuel Gómez Padilla

Abogado en ejercicio. Ex-Magistrado Suplente. Máster en Derecho Deportivo y Doctorando Univ. de Jaén. Socio de la FICP.

~Breve análisis del maltrato animal. Pasado, presente y futuro. Consecuencias jurídico-penales y eficacia de la sanción~

Resumen.- Con este trabajo, se pretende hacer un breve análisis del marco normativo del maltrato animal y fundamentalmente de las novedades que integra la ley Orgánica 1/2015. De la misma se debe destacar someramente: primero, una especificación de los animales protegidos frente al maltrato. Segundo, la incorporación de agravantes específicas coincidentes parcialmente con las previstas en los arts. 148 y 149 para la persona, recuperándose de este modo el controvertido elemento del ensañamiento. Tercero, se realiza un tratamiento punitivo diferenciado según el maltrato produzca la muerte o una lesión grave del animal, pudiendo alcanzarse en caso de muerte una pena de prisión de hasta dieciocho meses e inhabilitación para profesión relacionada con animales y para su tenencia de hasta cuatro años. Como resultado grave de lesión se incluye por vez primera la explotación sexual del animal. Se amplía igualmente el contenido de la pena de inhabilitación, ya no sólo para profesión relacionada con animales sino para su tenencia. Pero finalmente no se ha previsto la inhabilitación para la convivencia con animales. Se mantienen algunas infracciones penales constitutivas anteriormente de faltas: el abandono de animales pasa a constituir un subtipo atenuado del delito de maltrato de animales. Y la antigua falta de maltrato continúa como tipo penal supletorio, pero convertida en delito. Ambos delitos castigados con penas de multa, notablemente incrementada, y como novedad con las penas de inhabilitación para el ejercicio de profesión que tenga relación con animales y con su tenencia. Para finalizar con una especial consideración sobre las consecuencias jurídico penales, esto es las distintas sanciones que se producen por la comisión de dichas acciones y sobre todo la eficacia que las mismas tienen sobre los sujetos activos más que a efectos retributivos, a los efectos preventivos, pudiendo así evitar dichas conductas.

I. BREVE ANÁLISIS DEL MALTRATO ANIMAL

1) Pasado

La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, contempló, por vez primera, el maltrato animal como falta en el artículo 632. Con posterioridad, la Ley Orgánica 15/2003, de 25 noviembre, configuró como delito el maltrato a los animales domésticos en el artículo 337 y mantuvo como falta únicamente los supuestos más leves de maltrato a los animales domésticos y a cualesquiera otros en espectáculos no autorizados legalmente, introduciendo el abandono de animales como falta en el artículo 631. Mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, actualmente vigente, se eliminó la palabra ensañamiento del artículo 337 para que la conducta fuera considerada delictiva, se añadió al animal amansado como objeto de protección, se aumentó la multa para el abandono de animales domésticos y se incluyó la participación del maltratador en programas formativos de protección de animales.

2) Presente

Adentrándose en el marco normativo penal actual propiamente dicho del delito/falta de maltrato animal el art. 632.2 del Código Penal (C.P. en adelante) se

señala expresamente¹: “2. Los que maltrataren cruelmente a los animales domésticos o a cualesquiera otros en espectáculos no autorizados legalmente sin incurrir en los supuestos previstos en el art. 337 serán castigados con la pena de multa de 20 a 60 días o trabajos en beneficio de la comunidad de 20 a 30 días.

Esta infracción delictiva originó gran polémica en su discusión parlamentaria; así hasta el último pleno en el que se debatió el Código Penal, no se configuró su redacción definitiva, al incorporar la exigencia de **cruidad en los malos tratos**, «infracción que con frecuencia es tachada de superflua, ante la profusión de normas administrativas y autonómicas, que sancionan estas conductas con mayor severidad que la recogida en el Código Penal» (AP Segovia 15-9-98, EDJ 61190)².

Por su parte, la LO 15/2003 modificó el originario CP art.337 para introducir, como delito, los comportamientos de maltrato a los animales domésticos, manteniendo como **falta** el actual CP art.632.2 y declarando expresamente su **subsidiariedad** respecto al tipo delictivo.

En la exposición de motivos de dicha Ley se señala en su apartado III, letra h), que «El maltrato de animales domésticos se configura como **delito** cuando la conducta sea grave, manteniéndose la falta únicamente para los supuestos leves», añadiendo en la letra m) que se establece una **falta de maltrato** de animales cuando la conducta sea muy leve y no tenga las consecuencias previstas para el delito.

¹ Memento penal. Editorial grupo francis lefevre.

² En los Fundamentos de Derecho se plasma como se recurre la sentencia de instancia, tanto el condenado por malos tratos a animal doméstico, como el Ministerio Fiscal. El primero alega, como primer y fundamental motivo error en la valoración de la prueba, donde niega la existencia de crueles malos tratos, y el Ministerio Público la falta de tipicidad por no mediar el requisito de haberse realizado en espectáculo público no autorizado.

El Ministerio Público señala la necesidad en todo caso de que se trate o no de animales domésticos, de que los malos tratos se infieran en espectáculos públicos (tesis mayoritaria en la doctrina).

Aún así, los Magistrados Sentenciadores defienden la atipicidad de la conducta del inculpado en contra de las conclusiones de la sentencia de instancia y en aras de la: “interpretación restrictiva de los tipos, no debe entenderse un concepto tan amplio de animal doméstico; sino que como domestico se entiende, en conjunción con la doctrina más autorizada, el animal de compañía que cohabita con su dueño o propietario”.

Por tanto se falla, estimando el recurso de apelación, con independencia del reproche social o incluso administrativo que la conducta del denunciado pudiera tener, ya que en la jurisdicción penal debe entenderse atípica, por no tener la condición de doméstico a estos efectos penales, resultando innecesario entrar a analizar si estaban acreditados los malos tratos y en especial si de los mismos es abstracto, insuficientes para poder condenar, podía predicarse que fueran crueles, que equivale tanto como decir complacientes en el dolor gratuito e innecesarios.

- Con ello, la **reforma** introducida, aunque en absoluto idónea, supone un avance notable y recoge en buena medida una demanda muy extendida entre la ciudadanía española (LORA).
- Su **subsidiariedad** respecto del delito contemplado en el CP art.337, una vez introducido ese **delito de maltrato injustificado**, hace que quizá no tenga demasiado sentido mantener la vigencia de esta falta pues, el grueso de las conductas más graves ya se recoge en el delito, y la **multa** que se prevé en el CP art.632.2 resulta insignificante si se la compara con las sanciones previstas en la legislación administrativa sobre la materia (HAVA).

a) Bien jurídico protegido

Puede decirse que no existen derechos de los animales, sino **obligaciones jurídicas de los humanos** que, entre otros ámbitos, alcanzan a los animales como un elemento más de la naturaleza. Por esta razón, en los malos tratos a los animales lo que se protegería, más que el derecho a su integridad física o la vida, serían las obligaciones bioéticas para con los mismos, en el sentido del deber de **tratarlos adecuadamente** (HIGUERA), tesis que critican otros autores que, siguiendo a la doctrina italiana, entienden que el bien jurídico no puede ser otro que la protección del **sentimiento de compasión** que tiene la sociedad respecto de los animales (ROBLES), y que, a nuestro juicio, tampoco parece que pueda ser catalogado realmente como un bien jurídico penal.

Por la jurisprudencia se ha señalado que con la regulación penal se busca **incrementar la protección a los animales domésticos**, no como sujetos dignos de protección en una relación jurídica (los animales carecen de derechos, por lo que resultaría incongruente otorgarles una protección penal) sino desde la perspectiva de que no resulte ofensiva la relación del ser humano con las especies domésticas en el marco de los sentimientos de respeto y protección que la sociedad entiende que deben presidir nuestras relaciones con el mundo animal (AP Girona 11-2-11, EDJ 41599).

En todo caso, se ha puesto de manifiesto, con carácter general y sobre el sistema penal ambiental vigente, que ese conjunto normativo (en el que indebidamente se ubica el actual CP art.337 y, en consecuencia, el CP art.632.2) es una manifestación de la llamada **legislación simbólica** con un sentido claramente negativo.

- Algún autor asevera, sobre el CP art.337 que se trata de un nuevo ejemplo de legislación simbólica, que debería haber permanecido confinado en la órbita de las faltas o, mejor aún, en la de las **infracciones administrativas** (MARTÍNEZ-BUJÁN).
- El derecho penal, desde luego, no parece ser el sector del ordenamiento jurídico más idóneo para resolver cuestiones relacionadas con el maltrato de los animales. Además, en las disposiciones dictadas por las **comunidades autónomas** con competencia sobre esta materia se contienen sanciones mucho más severas para esta clase de conductas.

b) Objeto material

En cuanto al objeto material, recae sobre los **animales domésticos**.

La legislación vigente ha tratado de salir al paso de estos y otros problemas. Así, las **comunidades autónomas** con competencia sobre la materia han elaborado normas para la protección de los animales domésticos y de compañía. A título de ejemplo, puede citarse:

- L Madrid 1/1990.
- L Murcia 10/1990.
- L Castilla-La Mancha 7/1990.
- L Canarias 8/1991.
- L Cantabria 3/1992.
- L Baleares 1/1992.
- L Galicia 1/1993.
- L País Vasco 6/1993.
- LF Navarra 7/1994.
- L C. Valenciana 4/1994.
- L La Rioja 5/1995.
- L Castilla y León 5/1997.
- L Extremadura 5/2002.

- L Asturias 13/2002.
- L Aragón 11/2003.
- L Andalucía 11/2003.
- D Leg. Cataluña 2/2008.

c) *Conducta típica*

Los comportamientos típicos de maltrato, esto es, aquellos en que se causa **dolor o sufrimientos a los animales**, exigen por expresa disposición legal que se realicen **cruelmente**. No se contemplan aquí los supuestos de **abandono de los domésticos**. Entiendo que debería corregirse en este sentido, ya que tanto sufrimiento o mas puede causar las lesiones físicas, como las psicológicas que se infringen sobre un animal, cuando es golpeado o abandonado a su suerte.

Se contemplan **dos figuras distintas**, aunque la inicial dicción literal del precepto solía llevar a entender que nos encontramos ante un solo comportamiento de maltrato realizado en espectáculos no autorizados.

De entenderse que se contemplan efectivamente dos supuestos diferentes, en el primer inciso, nos encontraríamos con el **maltrato de los animales domésticos** sin incurrir en los supuestos previstos en el CP art.337 y, a continuación, el de **cualesquiera otros animales** que se realice en espectáculos no autorizados legalmente. En más de una ocasión se refiere la jurisprudencia a que todos los posibles comportamientos, a efectos de su castigo, se ocasionen en espectáculos no autorizados.

En todo caso, la cuestión a dilucidar, a nuestro juicio, es si, en la segunda figura, debe incluirse a **toda clase de animales, domésticos o no**, y en consecuencia sólo serán punibles las conductas que se realicen durante espectáculos no autorizados o, por el contrario, cabe entender que el **maltrato a los domésticos** está castigado en todo caso. Creemos que ésta última opción es la que más se acompasa con el texto legal pues, de no ser así, no se entenderían las modificaciones introducidas por la LO 15/2003. Parece, pues, que el precepto tipifica los **maltratos a animales domésticos en todo caso** (sean o no infligidos en espectáculos públicos no autorizados) y que los que recaigan sobre cualesquiera otros deberán ser castigados en los supuestos en que se realicen en los espectáculos dichos.

Diferencias entre el delito y la falta Art. 337 y 632.2 C.P.

En primer lugar, la falta está referida no sólo a los animales domésticos sino, también, a cualesquiera otros; en segundo lugar, que el maltrato se realice en **espectáculos no autorizados legalmente**; y, en tercer lugar, que dicho maltrato se realice cruelmente. Al referirse la falta a toda clase de animales se amplía el ámbito del objeto material.

Por otra parte, los comportamientos de la segunda figura se circunscriben a los que se realicen en espectáculos «no autorizados legalmente» (por ejemplo, peleas de gallos o de perros) y, en consecuencia, no pueden incluirse, por ejemplo, las **competiciones de tiro de pichón** promovidas por asociaciones de tiro y realizadas bajo la supervisión de la federación correspondiente, y las **corridas de toros** (reses de lidia pertenecientes a dicha raza bovina e inscritas en el libro genealógico correspondiente a dicha raza) que cumplan con las exigencias del Reglamento de Espectáculos Taurinos (RD 145/1996).

La L Canarias 8/1991, de Protección de los Animales, prohíbe las corridas de toros y permite las peleas de gallos en las localidades donde se venían celebrando tradicionalmente, siempre que se cumplan una serie de requisitos. En definitiva, el elemento que indica el campo de aplicación del precepto es el **espectáculo no autorizado**, por lo que el objetivo del legislador es ofrecer impunidad a estos comportamientos cuando previamente la Administración ha dado el visto bueno a los mismos.

La L 32/2007, en su art. 16.1.a) para el cuidado de los animales, en su explotación, transporte, experimentación y sacrificio, considera **infracciones muy graves**, entre otras, el sacrificio o muerte de animales en espectáculos públicos fuera de los supuestos expresamente previstos en la normativa aplicable en cada caso o expresa y previamente autorizados por la autoridad competente y utilizar los animales en peleas (L 32/2007 art.14.1.a y c), sancionadas con multa de, al menos, 6.001 euros y hasta un límite máximo de 100.000 euros.

- 1) De la discusión, sobre si, en la segunda figura, debe incluirse a **toda clase de animales, domésticos o no**, es reflejo la siguiente doctrina de las audiencias provinciales, según la cual, «la redacción del actual CP art.632.2 ciertamente adolece de una deficiente o cuando menos desafortunada redacción, de modo que

puede suscitar o dar lugar a **diferentes interpretaciones** partiendo de su literalidad. Así, es posible entender, como lo hecho la doctrina científica y la jurisprudencia menor de las audiencias provinciales:

- a) Que la **distinción** que efectúa el tipo **entre animales domésticos y cualesquiera otros** es superflua e inútil en el texto legal, pues -como sostiene la representación del condenado- en todo caso, es precisa la concurrencia de una crueldad acreditada y que la conducta se haya llevado a cabo con publicidad no autorizada, es decir en espectáculos no autorizados, concluyendo que el maltrato sin proyección a terceros debe considerarse atípico. Apoya dicha tesis una **interpretación restrictiva** del Derecho penal que trae como consecuencia la no distinción de supuestos «contra reo». Interpretación que ha tenido traducción en diversas resoluciones de audiencias provinciales.
- b) Al contrario, la distinción que opera el precepto entre animales domésticos y cualesquiera otros no es gratuita y obedece a un verdadero **interés en la protección de bienes jurídicos** dignos de tutela penal. A juicio de los defensores de esta interpretación, carecería de sentido que el legislador hubiera diferenciado entre animales domésticos y no, pues la misma obedece al establecimiento de un **doble nivel de protección** dependiendo de la relación del animal con el ser humano. En consecuencia un primer nivel de protección, más generoso, abarcaría todos los animales que pueden calificarse de domésticos, donde el tipo sólo exigiría -además de dicho carácter- la concurrencia del maltrato cruel. Y un segundo nivel de protección, más restrictivo, que recaería sobre el resto de animales, cuya protección es de menor intensidad; en tales casos, será necesario que el maltrato se lleve a cabo en **espectáculos no autorizados legalmente**.
- 2) A nuestro modo de entender, resulta más correcta la segunda interpretación, de forma que la exigencia de que el **maltrato se opere con publicidad**, en espectáculos no autorizados legalmente, sólo resulta aplicable al supuesto de que se trate de animales no domésticos (AP Barcelona 24-10-07, EDJ 245361; AP Granada 26-5-10, EDJ 376575; AP Murcia 8-6-10, EDJ 147770; AP Burgos 26-9-11, EDJ 222240).
- d) **Crueldad**

En orden a la calificación que se da a los comportamientos castigados, esto es, que

se realicen cruelmente, el legislador utiliza la expresión «injustificadamente». Con ello, parece, se pretende **diferenciar**, también, **el delito de la falta**, otra cosa es que se haya conseguido, pues puede convenirse en que el maltrato cruel ya cristaliza con hacer intervenir a los animales en los espectáculos no autorizados (MAGALDI).

- 1) La jurisprudencia señala que «la exigencia de la «crueldad» en el maltrato es un **elemento normativo del tipo**, que no cabe sino entender como complacencia en el sufrimiento o dolor del animal, en forma gratuita e innecesaria. De esta manera, la expresión **maltrato cruel**, proveniente del término latino «crudelis», implica deleite en hacer el mal o complacencia en los padecimientos ajenos causados voluntariamente, sin justificación alguna, que no fuera el propio placer de hacer sufrir sin otro motivo (AP Valencia 9-12-00, EDJ 63343; Castellón 14-9-04, EDJ 193262; Asturias 2-3-06, EDJ 23085).
- 2) Es claro, que causar la muerte al cachorro, golpeándole con un extintor, llegando a partirlo en dos, puede y debe ser reputado como un "**maltrato cruel**", por lo que procede la condena del acusado por esta falta (AP Madrid 9-7-10, EDJ 183180).

e) *Experimentación*

Para poder apreciar que el maltrato de animales está justificado cabe acudir al **ejercicio legítimo de un derecho u oficio** (CP art.20.7º), donde deben residenciarse los supuestos de experimentación. En este sentido, han de tenerse en cuenta la ya citada L 32/2007, para el cuidado de los animales, en su explotación, transporte, experimentación y sacrificio, y el RD 1201/2005, sobre protección de los animales utilizados para experimentación y otros fines científicos, y la normativa dictada al respecto por las **comunidades autónomas** con competencia para legislar sobre la materia.

Con relación al **sacrificio o matanza de animales**, las normas sobre la construcción, las instalaciones y los equipos de los mataderos, así como su funcionamiento, evitarán a los animales agitación, dolor o sufrimiento innecesarios» (L 32/2007 art.6.1).

Normativa aplicable

La vigente normativa **estatal** es consecuencia de la inicial **transposición**, por RD 223/1988, sobre protección de los animales utilizados para experimentación y otros fines científicos, desarrollado posteriormente por Orden del Ministerio de Agricultura,

Pesca y Alimentación 13-10-1989, por la que se establecen las normas de registro de los establecimientos de cría, suministradores y usuarios de animales de experimentación de titularidad estatal, así como las de autorización para el empleo de animales en experimentos, de la Dir 86/609/CEE del Consejo, de 24-11-1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros respecto a la protección de los animales utilizados para experimentación y otros fines científicos, modificada mediante la Dir 2003/65/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 22-7-2003. Tal Directiva tiene como **objeto** armonizar la legislación de los distintos Estados miembros de la Unión Europea en lo que se refiere a la protección de los animales utilizados para dichos fines. Esta directiva pretende garantizar que el **número de animales** empleados en este tipo de prácticas se **reduzca al mínimo** y que, en todo caso, a los que se utilicen, se les conceda un trato que evite al máximo el dolor, el sufrimiento o la lesión, prolongados innecesariamente. Fomenta, asimismo, la puesta a punto de **métodos alternativos** que puedan aportar el mismo nivel de información que el obtenido en procedimientos con animales y que supongan una menor utilización de éstos, conceptos que actualmente se engloban en el «principio de las tres erres» (reducción, refinamiento y reemplazo). En la misma fecha, y dada la voluntad de definir y **limitar el uso de animales de experimentación** para determinados fines como son la investigación científica, la educación y la formación y la investigación médico-legal, los Estados miembros adoptaron la Resol 86/C 331/02.

Por otra parte, España ratificó, el 25-10-1990, el Convenio Estrasburgo 18-3-1986, sobre protección de los animales vertebrados utilizados con fines experimentales y otros fines científicos, que contiene reglas generales cuyo objetivo es evitar que a los animales a los que dicho convenio les es de aplicación se les cause **dolor, sufrimiento o angustia innecesarios**, así como la limitación de su utilización, favoreciendo el uso de métodos alternativos. Asimismo, en este marco del Consejo de Europa se adoptaron, en una serie de **consultas multilaterales**, un conjunto de resoluciones sobre la interpretación de ciertas disposiciones y expresiones del Convenio Europeo sobre **protección de los animales vertebrados** utilizados con fines experimentales y otros fines científicos, sobre la formación y educación de las personas que trabajan con **animales de laboratorio**, sobre instalaciones y cuidados a los animales de laboratorio y sobre adquisición y transporte de éstos.

3) Futuro

La inminente reforma del código penal ha visto finalmente la luz con la aprobación de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, con una profunda modificación, revisión y actualización del código penal de 1995. Se trata de un texto que vuelve a modificar el delito de maltrato a los animales, tipificado en el art. 337, en una redacción de la norma que se acerca cada vez más a la regulación jurídico penal de la persona, y que estará en vigor el 1 de julio de 2015.

El siguiente cuadro sinóptico es bastante clarificador de la evolución acontecida:

<p>Ciento ochenta y uno. Se modifica el art. 337, que queda redactado del siguiente modo:</p>	<p>Artículo 337 <u>El que por cualquier medio o procedimiento maltrate injustificadamente a un animal doméstico o amansado, causándole la muerte o lesiones que menoscaben gravemente su salud, será castigado con la pena de tres meses a un año de prisión e inhabilitación especial de uno a tres años para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales.</u></p>	<p>Artículo 337 1. Será castigado con la pena de tres meses y un día a un año de prisión e inhabilitación especial de un año y un día a tres años para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales, el que por cualquier medio o procedimiento maltrate injustificadamente, causándole lesiones que menoscaben gravemente su salud o sometiéndole a explotación sexual, a</p> <p>a) un animal doméstico o amansado, b) un animal de los que habitualmente</p>
		<p>están domesticados,</p> <p>c) un animal que temporal o permanentemente vive bajo control humano, o</p> <p>d) cualquier animal que no viva en estado salvaje.</p> <p>2. Las penas previstas en el apartado anterior se impondrán en su mitad superior cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes:</p> <p>a) Se hubieran utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida del animal. b) Hubiera mediado ensañamiento. c) Se hubiera causado al animal la pérdida o la inutilidad de un sentido, órgano o miembro principal. d) Los hechos se hubieran ejecutado en presencia de un menor de edad.</p> <p>3. Si se hubiera causado la muerte del animal se impondrá una pena de seis a dieciocho meses de prisión e inhabilitación especial de dos a cuatro años para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales.</p> <p>4. Los que, fuera de los supuestos a que se refieren los apartados anteriores de este artículo, maltrataren cruelmente a los animales domésticos o a cualesquiera otros en espectáculos no autorizados legalmente, serán castigados con una pena de multa de uno a seis meses. Asimismo, el juez podrá imponer la pena de inhabilitación especial de tres meses a un año para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales.</p>

<p>Ciento ochenta y dos. Se añade un art. 337 bis, con el siguiente contenido:</p>	<p>Artículo 337 bis</p> <p>El que abandone a un animal de los mencionados en el apartado 1 del artículo anterior en condiciones en que pueda peligrar su vida o integridad será castigado con una pena de multa de uno a seis meses. Asimismo, el juez podrá imponer la pena de inhabilitación especial de tres meses a un año para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia</p>
---	--

De lo señalado se pueden destacar brevemente las siguientes novedades en el nuevo Código Penal³:

- 1) Se amplían substancialmente las categorías de los **animales objeto de protección penal**, añadiendo a los ya animales domésticos y amansados, los animales habitualmente domesticados, los animales que viven bajo el control humano y los animales que no vivan en estado salvaje. Hay que reseñar que los animales salvajes catalogados como especies silvestres amenazadas o sujetos a un régimen de protección legal especial, ya gozan de una protección penal más severa en los artículos 334 a 336 del Código penal cuando la acción sea la caza, la pesca, el comercio o tráfico, la destrucción de su hábitat y la realización de actividades que impidan su reproducción o migración. Con arreglo a la interpretación de la Circular de la Fiscalía 7/2011, los animales amparados por el artículo 337 del Código penal comprenden los animales de compañía (perros, gatos, hurones), los animales silvestres, exóticos o salvajes como iguanas, camaleones o serpientes adquiridos como animales de compañía dependientes del ser humano para su subsistencia, así como los animales de producción o de consumo y los destinados a la carga. Ahora hay que añadir por ejemplo, entre una larga lista de animales que viven bajo el control humano, a todos aquellos animales salvajes que están en cautividad bajo determinadas circunstancias.
- 2) Se añade una nueva conducta delictiva al tipo general consistente en la **explotación sexual de los animales**, con independencia de que se causen lesiones que menoscaben gravemente su salud o la muerte del animal. Habrá que ver el alcance de esta expresión para que efectivamente englobe la zoofilia y el bestialismo, la agresión y el abuso sexuales, el proxenetismo y el cine pornográfico zoofílico, tal como se ha venido reclamando desde la sociedad civil.

³ <https://chesusyuste.wordpress.com/2015/01/17/novedades-sobre-maltrato-animal-en-la-reforma-del-codigo-penal/>

Tal como señala REQUEJO CONDE⁴, han sido muy infrecuentes las condenas por zoofilia o bestialismo, siendo los casos más habituales de maltrato y muerte producidos por apaleamiento, asfixia, ahorcamiento⁵, ahogamiento, muertes a disparos, lanzamientos al vacío, mutilaciones, quemaduras, y en menor medida arrastramiento del animal. En muchos de estos casos con uso de arma u objeto peligroso y muerte del animal desangrado o agonizando, elemento que el legislador de 2015 ha reseñado como circunstancia agravante específica del delito de maltrato animal recuperando el elemento del ensañamiento. Pero excepcional ha sido el caso de sentencia condenatoria por delito de maltrato en caso de zoofilia⁶, pese a la previsión específica por la Ley Orgánica 1/2015 de la explotación sexual como forma de grave lesión.

A pesar de la escasez de sentencias penales condenatorias por esta forma de maltrato animal, es una práctica grave y muy extendida en España y reducir esta cuestión a una mera connotación económica podría acarrear el archivo de denuncias por otro tipo abusos del animal dejando estos hechos impunes.

- 3) Aunque no se incrementen sustancialmente las penas, la pena de prisión por maltrato animal pasa, en su horquilla inferior, de tres meses a “tres meses y un día”, con lo que el delito **cambia de categoría, pasando de leve a menos grave**, lo que conllevaría la intervención de la Fiscalía.
- 4) Se incorpora a la pena de prisión y a la inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales, la pena de **inhabilitación para la tenencia de los animales**.

El actual código penal prevé penas privativas de derechos para el condenado por maltrato animal que lo inhabilita para desempeñar su empleo o comercio con animales, de tal manera que solo contempla los supuestos en que el maltratador realiza el acto delictivo en el marco de una relación laboral (por ejemplo criador

⁴ REQUEJO CONDE, C., El delito de maltrato a los animales tras la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. dA Derecho Animal, pp. 12-14.

⁵ El ahorcamiento de galgos continúa siendo práctica frecuente en algunos lugares de España (SAP de Toledo de 2 de octubre de 23014). También dejar animales atados impidiendo que alguna de las patas lleguen al suelo y el animal muere estrangulado (SAP de Luego de 5 de diciembre de 2014).

⁶ En Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 2 de Mataró (Barcelona) de 13 de junio de 2008, condenando a cinco meses de prisión el acusado de causar a una yegua de competición heridas atando las cuatro extremidades para inmovilizarla, heridas que “no tenían otra explicación que el mero disfrute del procesado, ya sea de naturaleza sexual o sádica” y que le causaron al animal cortes de circulación impidiendo que durante un año pudiese competir. La SAP de Barcelona de 11 de marzo de 2009 confirmaba la sentencia de instancia.

de perros, venta de animales, domador, veterinario, personal del zoológico, etc.). Ahora, el código penal añadiría la prohibición de tenencia de animales con carácter general, alcanzando a cualquier supuesto de posesión temporal o permanente del animal. La inhabilitación para la tenencia de animales incluye a los animales contemplados anteriormente, así como a cualesquiera otros que se encuentren en espectáculos no autorizados legalmente.

5) Se aumentan las penas cuando concurren las siguientes **circunstancias agravantes**:

- Se utilizan armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida del animal. Paulatina aproximación a la regulación jurídico penal de la persona en paralelo al art. 148.1 C.P. delito de lesiones.
- La conducta se produce con ensañamiento, es decir, si en el maltrato se persiguen acrecentar de forma deliberada el dolor y el sufrimiento del animal. Paulatina aproximación a la regulación jurídico penal de la persona en paralelo al art. 148.2 C.P. delito de lesiones.
- Se causa al animal la pérdida o la inutilidad de un sentido, órgano o miembro principal. Paulatina aproximación a la regulación jurídico penal de la persona en paralelo al art. 148.2 C.P. delito de lesiones.
- Los hechos se han ejecutado en presencia de un menor de edad. (Esto significa que el Código penal español reconoce el perjuicio psicológico, emocional y moral que causa en las personas menores de 18 años, ser testimonios o presenciar actos de maltrato a los animales.)
- Sobreviene la muerte del animal. Para este concreto caso, se ensancha el periodo de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales. Paulatina aproximación a la regulación jurídico penal de la persona en paralelo al art. 148.2 C.P. delito de lesiones.

Señala REQUEJO CONDE⁷ que el delito de maltrato de animales es un delito de resultado material, muerte o lesión que cause al animal un grave menoscabo a la

⁷ REQUEJO CONDE, C., El delito de maltrato a los animales tras la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. dA Derecho Animal, pp. 15.

salud. La doctrina ya traía a colación el criterio utilizado por el código penal para considerar delictiva las lesiones a las personas, esto es, una primera asistencia veterinaria y tratamiento facultativo o quirúrgico (contusiones, equimosis, hematomas, magullamientos, conmociones del sistema nervioso central, luxaciones, fracturas, quemaduras, mutilaciones, invalidez). Además, la acción de maltratar repetidamente al animal puede constituir un delito continuado de maltrato pues en este extremo el maltrato al animal no requiere de la habitualidad del delito de maltrato a la persona. Igualmente, desde la reforma de 2010 la norma ya no se refiere en plural al maltrato de animales domésticos sino en singular al animal maltratado, y así se mantiene en la Ley 1/2015, a excepción del tipo atenuado de maltrato del art. 337.4, lo que permitiría la aplicación de un concurso de delitos de maltrato.

- 6) Fuera de los supuestos anteriores, se aumenta la pena de multa del maltrato cruel a los animales domésticos o a cualquiera otros **en espectáculos no autorizados legalmente**, y se añade la pena que conlleva la **inhabilitación** especial para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales.
- 7) Respecto al **abandono de animales**, se engloban expresamente en dicha conducta a todos los animales mencionados en los apartados anteriores, se incrementa la pena de multa y se añade la inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales.

Y por último, se añade que durante la libertad vigilada, el juez puede imponer la participación del sujeto a programas de protección de los animales.

II. CONSECUENCIAS JURÍDICO PENALES Y EFICACIA DE LA SANCIÓN

Siendo esta materia de gran auge y actualidad, aunque quizás sus primeras inquietudes se pudieran remontar a los años sesenta, son multitud de acciones las que se pueden proteger a través de una adecuada regulación, tanto a nivel internacional como a nivel nacional o interno.

Destaca SCHETTINO, D.M.⁸

que entre los logros, se podría considerar la contribución a la regulación de la producción, el transporte, y la faena de ganado y aves de corral, con procedimientos que disminuyen el stress y los sufrimientos; una disminución gradual en el consumo de carne y un aumento concomitante en el consumo de granos, frutas y hortalizas; controles más estrictos sobre los refugios de animales, zoológicos, circos y acuarios, mayores restricciones o prohibición de la vivisección en los proyectos científicos, laboratorios comerciales y en instituciones educativas de los distintos niveles, una reducción drástica en las ventas de piel y de pelos de animal, y la protección de especies en peligro de extinción, especialmente exóticos, tales como ballenas, lobos y aves rapaces, contando con una herramienta valiosa que es la CITES (Convención Internacional del Comercio de Animales Silvestres).

Por lo que respecta a España, son multitud de casos los que se pueden analizar. A título de ejemplo, un acontecimiento trágico de gran trascendencia sucedió, pasados exactamente trece años desde que el Prestige se hundiera frente a las costas gallegas. En la Sentencia judicial, nadie es condenado por las muertes de miles de animales ni por el grave desastre medioambiental que supuso el vertido de fuel. Y todo ello, a pesar de que, Fiscalía presentó un informe detallando el impacto del fuel en los animales de las zonas afectadas.

El documento apunta que entre noviembre de 2002 y agosto de 2003 un total de 23.181 animales de más de 90 especies de aves fueron recogidas en las costas de la península ibérica y del suroeste de Francia afectadas por la marea negra.

Pese a que nadie ha sido condenado por delito medioambiental, **tampoco pudiera haberlo sido por delito contra los animales porque la legislación española no contempla condenas por la muerte de animales silvestres.**

El artículo 2 de la Declaración Universal de los Derechos del animal, en su inciso c) se aclara que todos los animales tienen derecho a la atención, a los cuidados y a la protección del hombre.

Con la próxima entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, se incrementara la pena de prisión y de inhabilitación del tipo básico del delito de maltrato de animales en un día, prisión de 3 meses y un día a 3 años para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para su tenencia (manteniendo en la pena de inhabilitación la continuidad con los tipos atenuados, de tres meses a un año, esta como pena leve). Estas penas se imponen en su mitad superior en caso de concurrencia de una (o varias) agravantes específicas.

⁸ <http://www.veterinaria.org/revistas/redvet/n030312/031208.pdf> Hoarding Con Animales Schettino, D.M. Jefe Área Medicina Veterinaria Preventiva – FCVUNCPBA (TANDIL) Pinto 399 (7000) Tandil, Bs. As.- Argentina

La muerte del animal se castigara con pena de prisión de seis a dieciocho meses y la inhabilitación para profesión relacionada con animales y su tenencia es de dos a cuatro años, superiores a los supuestos de lesiones. Además cada animal debe ser objeto de protección en sí mismo.

En caso de suspensión y sustitución de las penas de prisión se podrá aplicar el art. 83.1.6 (participar en programas formativos de protección de los animales) o el art. 84.1.3 (realización de trabajos en beneficio de la comunidad) que según el art. 49 consistirán en “*talleres o programas formativos o de reeducación, labores, culturales, de educación vial, sexual y otros similares*”.

Las penas de inhabilitación para el ejercicio de profesión relacionada con animales y para la tenencia de animales, como penas privativas de derechos (art. 39b), menos graves (art 33.3f, de un año y un día hasta cinco años) o leves (art.33.4c, de tres meses a un año), han incrementado su cuantía y su contenido.

Por último, destacar la evolución de la actual falta de maltrato cruel a los animales hacia el subtipo atenuado de delito y la conversión de la falta de abandono de animal doméstico en un delito subsidiario

III. CONCLUSIONES

Por lo que respecta a la legislación sobre la materia, se entiende más que suficiente y más si cabe que la misma es materia delegada a favor de las Comunidades Autónomas y cada una de ellas regula con más o menos fortuna la misma. Si bien cabe en lo que se refiere a las consecuencias penales y efectos de la sanción criticar, por las connotaciones del sujeto, la dificultad preventiva de las mismas, quedándose en un estrato superficial y retributivo, inútil para evitar la reincidencia.

Por último permitimos unas propuestas a recoger en la regulación penal de la materia sobre la omisión de regulación del “delito de acumulación de animales” centrada en tres puntos a recoger por la ley:

- Describir y tipificar estos casos, como delitos de crueldad, con el agravante de alto riesgo para la salud pública.
- Ofrecer soluciones al problema de mantenimiento y atención de los animales decomisados para no echar toda la carga encima de las protectoras.

- Restringir o prohibir la tenencia de animales a estas personas una vez procesadas, y mantener sobre ellas un control, ya que la reincidencia es casi del 100%.

* * * * *

Francisca Juárez Vasallo

Magistrada Suplente de la Audiencia Provincial de Ávila. Socia FICP.

~La responsabilidad civil del delito. Reparación y justicia restaurativa. Las posibilidades de la mediación penal~

Resumen.- No es novedoso afirmar que corren nuevos aires en nuestro sistema penal que permiten resolver, a través de la mediación, determinados conflictos penales. De hecho, muchos procedimientos concluyen porque las partes han llegado a un acuerdo que satisface lo bastante sus intereses como para abandonar el proceso. Y es que no se puede negar que, a veces, a la víctima le basta con ser debidamente reparada y no pretende una represión punitiva del autor, por lo que la persecución de oficio resulta excesiva. La justicia restaurativa se plantea así como una tercera vía porque parte de la víctima y de sus intereses, pero los hace confluir con los del infractor y con los de la comunidad: todos restablecerán la paz y el diálogo social que el delito quebró y saldrá fortalecida la vigencia de la norma.

I. FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EX DELICTO: LA REPARACIÓN, OBJETIVO PRIORITARIO.

Partiendo de la declaración contenida en el art. 109 CP, según la cual la comisión de un hecho descrito por la Ley como delito obliga a reparar los daños y perjuicios, y pasando por la del art. 116.1 del mismo CP, en cuya virtud toda persona criminalmente responsable lo es también civilmente si del hecho se derivasen daños o perjuicios, se percibe que tradicionalmente, en España, la función de la responsabilidad civil del delito ha sido la de restaurar la situación que había antes de la agresión, ya sea reparando, indemnizando o restituyendo, ex art. 110 CP. De este modo se conseguía diferenciar entre el fin de la acción penal, meramente punitiva, y el de la acción civil, resarcitoria.

La restitución, reparación e indemnización de perjuicios materiales y morales se establecen para su aplicación a los distintos supuestos que puedan presentarse, siempre y cuando la infracción penal cometida conlleve la necesaria responsabilidad civil, manteniéndose el orden jerárquico establecido en el art. 110. No es posible acudir a la indemnización, como primera fórmula de la restauración patrimonial, siempre que sea posible la restitución, pues ésta es la primera y más eficaz forma de contrarrestar las consecuencias civiles del delito o falta. Tampoco a la reparación, a la que se acudirá sólo cuando la restitución sea inviable o de muy difícil cumplimiento. En último término, cuando no sea posible la restitución ni la reparación, se acudirá a la indemnización de los daños y perjuicios.

Algunos autores¹ aseguran que resulta conveniente distinguir entre daños en los bienes materiales, y daños corporales o en los bienes personales, mejor que daños patrimoniales y extrapatrimoniales, porque en ambos casos se pueden producir efectos de estas dos naturalezas, ocurriendo a menudo que para compensar los primeros (los patrimoniales) quepan los tres conceptos de la responsabilidad civil, y para reparar los segundos lo normal será acudir a la situación preexistente a la comisión del delito o falta, al ser la reparación específica o "in natura" de imposible aplicación, en la mayoría de los casos, pues se tropieza con la insuperable dificultad de que el bien lesionado (la salud, por ejemplo) es irremplazable.

1. Los presupuestos generales de la indemnización de daños y perjuicios.

Cuando hablamos de la indemnización de los perjuicios materiales, corporales y morales, es necesario analizar los presupuestos generales de aplicación a los diferentes supuestos. Ellos son los siguientes:

- 1) El nexo causal: la doctrina jurisprudencial viene imponiendo la probanza del nexo causal entre el delito o falta cometido y el daño y perjuicio causado con su ejecución, o lo que es igual, la causalidad directa, esto es, que los daños y perjuicios sean consecuencia "directa y necesaria" del hecho delictivo como eficiente generador de los mismos, ampliándose la referida exigencia respecto del perjuicio sufrido por terceras personas distintas del agraviado y de su familia.
- 2) La demostración del daño: Se exige la demostración de la realidad del daño y su cuantía, excluyéndose los que presenten consecuencias dudosas, meros cálculos, hipótesis o suposiciones. Como la indemnización deberá alcanzar tanto los perjuicios materiales como los morales, los primeros habrán de ser convenientemente probados, mientras que, respecto de los segundos, el juzgador habrá de ponderar el conjunto de circunstancias concurrentes en cada caso (edad, sexo, profesión, salud, estética, estado previo a la lesión, grado de parentesco y de dependencia económica -en su caso-, etc.) y tener en cuenta los criterios socialmente admitidos sobre el particular.
- 3) La motivación de las sentencias: La necesidad de motivar las resoluciones judiciales, ex art. 120.3 CE, puesta de relieve por el Tribunal Constitucional

¹ Así lo asegura MÁRQUEZ DE PRADO PÉREZ, J. en su Ponencia Efectos de la responsabilidad civil "ex delicto". Cuadernos de Derecho Judicial, 16, 2004, p.3.

respecto de la responsabilidad civil *ex delicto*, impone a los jueces y tribunales la exigencia de razonar la fijación de las cuantías indemnizatorias que reconozcan en sus sentencias, detallando las bases en que se fundamenten (extremo revisable en casación), pero sin olvidar que, cuando se trata de daños morales, los órganos judiciales no disponen de una prueba que les permita cuantificar con criterios económicos la indemnización procedente.

- 4) La irretroactividad de las normas: Una reiterada jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha señalado que las normas que articulan la exigencia de la responsabilidad civil derivada del delito no pierden su naturaleza civil aunque se hallen recogidas en una norma penal, de tal forma que su actuación en un proceso penal no afecta para nada a sus características propias y específicas y quedan regidas por los principios procesales propios de toda acción civil².

2. La satisfacción a la víctima: ventajas para el acusado

La jurisprudencia reconoce el efecto de la reparación no solo como cuestión de prevención especial en relación al hecho concreto y su autor, sino como la consecución del fin de prevención general, pues existe un interés social en que la reparación se lleve a efecto por el causante del daño. Para ello resulta conveniente primar a quien se comporta de una manera que satisface el interés general, pues la protección de los intereses de las víctimas no se considera ya como una cuestión estrictamente privada, de responsabilidad civil, sino como un interés de toda la comunidad. Es una corriente de plena actualidad, que acude al principio intervención mínima del Derecho Penal, al de reeducación y reinserción social de las penas del art. 25 CE, así como a la justa protección de la víctima, el atender al factor de la reparación como alternativo a la respuesta penal en delitos leves u otros, denominados delitos bagatela, cuya afectación de los bienes jurídicos es ínfima.

La responsabilidad civil del delito no puede entenderse como una función complementaria sancionadora puesto que solo a la pena le corresponde la función de perseguir el castigo del culpable bajo unos fines reeducadores; sin embargo no es posible olvidar que la configuración de la reparación ha de ir destinada a restaurar el interés lesionado, y que en la medida que esto aparece propiciado por el propio autor del daño, tal comportamiento restaurador no puede pasar desapercibido al legislador. Por

² En ese sentido, vid. STS 27 de mayo de 1992.

otra parte, la jurisprudencia ha establecido que la colaboración voluntaria del autor a la reparación del daño ocasionado por su acción puede ser valorada como un inicio de rehabilitación que disminuye la necesidad de la pena.³

En efecto, nuestra legislación penal contempla mecanismos para propiciarlo y compensarlo. Veamos algunas.

- 1) **Atenuación de la responsabilidad:** El art. 21.5 del CP establece como circunstancia que atenúa la responsabilidad criminal, la de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima o a disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del juicio oral. La jurisprudencia ha reconocido dos componentes en esta atenuante, un elemento cronológico y otro de carácter sustancial. Por el primero se exige que la acción reparadora tenga lugar con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral. Se excluyen del efecto atenuatorio las reparaciones realizadas durante el mismo plenario, después de su finalización o con posterioridad a la sentencia (STS de 16 de enero de 2007) sin perjuicio de que éstas pudieran tener otras incidencias. El segundo se refiere al hecho nuclear de la reparación del daño o a la disminución de sus efectos. No abarca solo los daños materiales, sino que se incluyen los de naturaleza moral (STS núm. 1517/2003, de 18 de noviembre) y, de otro lado, comprende cualquier forma de "reparación del daño o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de perjuicios, de la reparación moral o incluso de la reparación simbólica (Sentencias núm. 216/2001, de 19 febrero y núm. 794/2002, de 30 de abril, entre otras)". El elemento sustancial de esta atenuante consiste en la reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos, en un sentido amplio de reparación que va más allá de la significación que se otorga a esta expresión en el artículo 110 del Código Penal, pues tal precepto se refiere exclusivamente a la responsabilidad civil, diferenciable de la responsabilidad penal a la que afecta la atenuante. El fundamento de la atenuante es doble. Por un lado la necesidad de estimular el importante efecto de que la víctima vea el daño personal o

³ Así lo refiere la STS de 7 de marzo de 2007.

patrimonial reparado, y por otro lado entender que en tales circunstancias de buena actitud del autor, la necesidad de la pena puede ser menor⁴.

2) Suspensión de la condena:

En el C.P. recientemente reformado, la suspensión de la condena prevista en el art. 80.1 puede ser otorgada discrecionalmente por el juzgador en atención, básicamente, a las circunstancias del delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, y a su conducta posterior al hecho, “en particular su esfuerzo para reparar el daño causado”. Además será condición necesaria para dejar en suspenso la pena, entre otras, el haber satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado, requisito que se entenderá cumplido cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles de acuerdo a su capacidad económica y sea razonable esperar que será cumplido en el plazo prudencial que el juez o tribunal determine. El juez también podrá solicitar las garantías que considere convenientes para asegurar su cumplimiento. Repárese en que la anterior redacción, el presupuesto de la satisfacción de la responsabilidad civil no se contemplaba como condición necesaria o imprescindible, pues el precepto admitía que el Juez o Tribunal sentenciador, después de oír a los interesados y al Ministerio Fiscal, declarase la imposibilidad total o parcial de que el condenado hiciera frente a las mismas.

La novedad más importante de la suspensión, tras la reforma del CP, incumbe al art. 84.1.1^a que prevé que el juez o tribunal pueda condicionar la suspensión al cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de **mediación**. Es de suponer que tal acuerdo gravitará, principalmente, en torno a la responsabilidad civil derivada del delito.

3) Sustitución de la pena privativa de libertad: El art. 88.1 del CP⁵ prevé la posibilidad de sustituir, previa audiencia de las partes, en la misma sentencia, o

⁴ La STS núm. 285/2003, de 28 de febrero, señala que "como se ha expresado por la jurisprudencia de esta Sala lo que pretende esta circunstancia es incentivar el apoyo y la ayuda a las víctimas, lograr que el propio responsable del hecho delictivo contribuya a la reparación o curación del daño de toda índole que la acción delictiva ha ocasionado, desde la perspectiva de una política criminal orientada por la victimología, en la que la atención a la víctima adquiere un papel preponderante en la respuesta penal. Para ello resulta conveniente primar a quien se comporta de una manera que satisface el interés general, pues la protección de los intereses de las víctimas no se considera ya como una cuestión estrictamente privada, de responsabilidad civil, sino como un interés de toda la comunidad".

posteriormente en auto motivado, antes de dar inicio a su ejecución, las penas de prisión que no excedan de un año por arresto de fin de semana o multa, aunque la Ley no prevea estas penas para el delito de que se trate, cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconsejen, siempre que no se trate de reos habituales. Cada semana de prisión será sustituida por dos arrestos de fin de semana; y cada día de prisión será sustituido por dos cuotas de multa. En estos casos el Juez o Tribunal podrá además imponer al penado la observancia de una o varias de las obligaciones o deberes previstos en el art. 83 CP. La posibilidad de sustituir la pena de prisión al amparo de lo dispuesto en el art.88 CP, lo mismo que ocurre con el beneficio de la suspensión de la condena, no constituye un derecho *per se* del penado en sentido propio, sino que se trata de una facultad discrecional que el ordenamiento jurídico-penal reconoce al Juez o Tribunal sentenciador. Ciertamente, tras la entrada en vigor de la reforma del CP en fecha 1 de Julio de 2015, esta posibilidad dejará de existir.

4) Obtención de la libertad condicional:

El art. 90.1 del recientemente reformado CP recoge que No se concederá la suspensión si el penado no hubiese satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito en los supuestos y conforme a los criterios establecidos por los apartados 5 y 6 del art.72 de la LO 1/1979, de 26 de Septiembre, General Penitenciaria, mientras que antes se decía que no se entendería cumplida la circunstancia de haber observado buena conducta si el penado no hubiera satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito.

II. DE LA REPARACIÓN A LA MEDIACIÓN: JUSTICIA RESTAURATIVA Y MEDIACIÓN PENAL

Aunque no puede dejar de reconocerse la eficacia preventiva del sistema penal actual, que evita la venganza privada trasladando al Estado la responsabilidad de arbitrar un sistema de protección de los bienes jurídicos y represión de los comportamientos delictivos, no debe impedirse la reflexión crítica sobre éste y buscar nuevos caminos que compensen el sufrimiento y la violencia personal e institucional que genera el propio sistema.

⁵ Téngase en cuenta que, tras la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015, de 30 de Marzo, el art. 88 desaparece y con él la sustitución de las penas.

Alguno de los factores que pueden explicar la crisis de legitimidad del sistema penal se pueden encontrar en que, muy a menudo, es incapaz de dar una respuesta adecuada y global a las consecuencias del hecho delictivo: raramente satisface plenamente a las víctimas del delito, la prisión en las personas condenadas no genera más que consecuencias destructivas –física y psicológicamente-, y la sociedad se siente amenazada y desprotegida.

Sin embargo, y pesar de ello, el Derecho Penal ocupa cada vez más espacio: aumentan los tipos delictivos, las penas son más rigurosas. Todo parece encontrar respuesta echando mano al Código Penal: la desigualdad social, el machismo que late tras la violencia de género, la drogodependencia, la seguridad vial, las desigualdades sociales, etc. Sin embargo, pese a que las penas no pueden perder su carácter retributivo, no hay que olvidar la función reinsertadora de éstas, ni pasar por alto que, a veces, las necesidades reales de las víctimas pasan por ser escuchados, informados, íntegramente reparados e incluso – nada más, ni nada menos- porque se les pida perdón. Estas pretensiones no resultan satisfechas por el proceso penal que, en ocasiones, estigmatiza a las víctimas en vez de satisfacer sus necesidades. Cuántas veces hemos oído hablar de la “victimización secundaria”, y es que –en verdad- la víctima es una especie de perdedor por partida doble; en primer lugar frente al infractor y, después, frente al Estado. Queda excluida de la gestión dialogada de su propio conflicto, salvo la que le permite el proceso penal para la acreditación de los hechos que puedan servir al Fiscal o la acusación particular en orden a demostrar la acusación del autor del delito y, como consecuencia de ello, interesar la reparación económica o material por el daño sufrido.

Ha llegado el momento de dar protagonismo a las partes, víctima e infractor, en la búsqueda de soluciones al conflicto generado por el delito. Probablemente una de las alternativas sea la mediación como instrumento de justicia restaurativa.

El término de Justicia Restaurativa alude al método de resolver los conflictos encaminado principalmente a la protección de la víctima y al restablecimiento de la paz social, y ello a través del diálogo y el encuentro personal entre el agresor y la víctima o los directamente afectados. El objeto es satisfacer de modo efectivo las necesidades puestas de manifiesto por los mismos, devolviéndoles una parte significativa de la disponibilidad sobre el proceso y sus eventuales soluciones, procurando la responsabilización del infractor y la reparación de las heridas personales y sociales de la víctima y/o los afectados, provocadas por el delito.

El proceso de mediación no elude la intervención del sistema penal, ni anula el papel de la administración de justicia. En este sentido, la mediación no supone una privatización de la justicia penal, porque corresponde al Estado, de un lado, definir y delimitar el marco de la mediación -sus límites objetivos, subjetivos, formales y estructurales-, y, de otro, garantizar el cumplimiento de las garantías procesales, evitando eventuales abusos que pudiesen ocurrir. Se trata más bien de incluir de una manera más activa a la víctima y al infractor en el proceso, con el objetivo de que la reparación, la responsabilización del daño, y la petición de perdón, no se realice únicamente en el ámbito privado, sino también en el público, con la trascendencia social que permiten las salas de la administración de justicia. La mediación, por tanto, no viene a suplir el sistema de justicia penal existente, sino a complementarlo, humanizarlo y racionalizarlo. En último extremo sirve para acallar los sentimientos de venganza de las víctimas en la petición de un incremento punitivo del Estado que nada aporta a la pacificación y convivencia social.

La Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo (2001/220/JAI) introdujo la denominada "Mediación penal en el marco del proceso penal" (art. 10), como una medida de ayuda a las víctimas junto a la indemnización. Se establecía asimismo que los Estados Miembros procurarían impulsar la mediación en las causas penales, dejándoles libertad en cuanto al modo de introducirla en sus ordenamientos, y la determinación de los delitos y faltas a los que sería aplicable y que los Estados Miembros debían velar porque se tome en cuenta todo acuerdo entre víctima e inculcado alcanzado con ocasión de la mediación en las causas penales.

Se daba a los Estados Miembros un plazo máximo hasta el 22 de marzo de 2006 para dictar las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas necesarias para dar cumplimiento a esta recomendación, plazo que ha transcurrido con creces en el caso de España, que a fecha de hoy aún no cuenta con ley de mediación penal, a diferencia de lo que ha ocurrido con la mediación civil y mercantil, al haberse aprobado la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, trasponiendo así la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, así como numerosas leyes autonómicas reguladoras de la mediación familiar en fechas anteriores.

Sólo en el Derecho penal de menores se contempla la mediación en el art. 19 de la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores de

edad, Ley que entró en vigor el 13 de enero de 2001, dos meses antes de la referida Decisión Marco de 15 de marzo de 2001, plasmando de manera novedosa este instrumento, y cuyos útiles beneficios y resultados deben ser también tenidos en cuenta para incorporarla en el Derecho penal de adultos.

Sin embargo, sí se generó un importante espíritu de reforma entre los operadores jurídicos (jueces y magistrados penales, fiscales, secretarios judiciales, y otros profesionales, como abogados, psicólogos, asistentes sociales, etc.) que con el apoyo del CGPJ, y contando en algunos casos también con la colaboración material del Ministerio de Justicia y Comunidades Autónomas (según tuviesen o no transferidos las competencias), se elaboraron protocolos y desarrollaron proyectos piloto de mediación en Juzgados de Instrucción y Juzgados de lo Penal, en colaboración con la Fiscalía, que aún continúan y van en aumento, que si bien no han cristalizado aún en una regulación legal de la mediación penal, bien como ley autónoma bien dentro de la norma procesal, sí están sirviendo para determinar las bases necesarias para aplicar la mediación, las garantías, las infracciones susceptibles de mediación, la regulación del estatuto del mediador como tercero ajeno al proceso penal, la manera de encajar este instrumento en el proceso actual, los beneficios para víctima e infractor y los resultados obtenidos en los casos concretos derivados.

Con esta perspectiva, la mediación surge como un instrumento esperanzador, dentro del proceso penal, en el que se abre un espacio de encuentro y diálogo entre las partes a las que una figura neutral, el mediador, ayuda a solucionar el conflicto que entre ambos originó el delito o falta cometidos.

Dado que la Directiva dejó libertad a los Estados para determinar el procedimiento y las infracciones a que podría aplicarse, se elaboraron protocolos de actuación, en los que se proclamaban los principios básicos que rigen la mediación (voluntariedad, gratuidad, confidencialidad, oficialidad, flexibilidad y bilateralidad), los sujetos intervinientes (Juez o Magistrado, Ministerio Fiscal, imputado/acusado/preso, víctima, incluso Letrado de la defensa y/o acusación particular), el momento procesal de derivar el proceso a mediación según en la fase en que se encontrara, y persona que deriva (Juez/Magistrado con el acuerdo del Fiscal, si bien cabe que sea a solicitud del imputado/acusado o su Letrado), infracciones susceptibles de mediación, desarrollándose el *iter* procesal tanto para la fase de instrucción (al tomarle declaración al imputado) como en la fase intermedia ante el Juzgado de lo Penal (al recibir las

actuaciones) y en la ejecución de la sentencia (al recibirse o abrir la ejecutoria o durante ella).

En todas ellas el proceso de mediación consta de varias etapas (información a víctima y acusado tanto por el órgano que deriva como por el mediador, consentimiento informado por escrito, conversaciones individuales, y encuentro dialogado si es posible, acuerdo de reparación o informe de no acuerdo), así como finalmente las consecuencias jurídicas en caso de acuerdo, distinguiéndose según la fase del proceso (acusación por el Ministerio Fiscal adaptada al acuerdo reparador respecto a calificación y pena, incluso posibles beneficios de suspensión o sustitución; sentencia de conformidad en Juzgado de lo Penal con aplicación de la atenuante de reparación de daño del art. 21.5 CP , y posibles beneficios de suspensión o sustitución condicionados al cumplimiento del acuerdo; en ejecución, la reparación a la víctima es un elemento valorador positivo para suspender la condena, sustituir la pena, proponer el indulto, incluso en el ámbito penitenciario a efectos de clasificación y progresión de grado o adelantamiento de la libertad condicional).

La Directiva 2012/29 sigue dejando libertad a los Estados Miembros para establecer los procedimientos u orientaciones sobre las condiciones de derivación de casos a mediación. Sin embargo, en su afán de reforzar las medidas de protección a la víctima, establece en el art. 12 como garantías esenciales que deben cumplirse por los denominados servicios de justicia reparadora: información exhaustiva e imparcial a la víctima sobre el proceso mediador y sus posibles resultados así como los procedimientos de supervisión de la aplicación de los acuerdos; consentimiento libre e informado de la víctima, que puede retirarse en cualquier momento; voluntariedad del acuerdo; confidencialidad de los debates. Tales garantías venían todas recogidas en los Protocolos indicados y además cuidadosamente cumplidas.

Sí constituye una novedad la referencia al contenido del acuerdo de reparación, al establecer la Directiva que "el infractor tendrá que haber reconocido los elementos fácticos básicos del caso", que zanja la polémica cuestión acerca de la posible vulneración del principio de presunción de inocencia en caso de no ratificarse el acuerdo de reparación con reconocimiento de hechos y tener que celebrarse el juicio.

El borrador del proyecto de reforma del Código Penal incluía en su Exposición de Motivos una referencia a la mediación penal que el texto definitivo descartó; decía así: "con la mediación penal se persigue posibilitar la utilización, siempre voluntaria, de un

mecanismo de solución del conflicto entre infractor y víctima que satisfaga las expectativas de la víctima de obtener una explicación del hecho, la petición de perdón y una pronta reparación. Para el infractor la mediación sólo tendrá las consecuencias favorables procesales o materiales que del acuerdo se deriven, en su caso"... "La mediación se concibe como el sistema de gestión de conflictos en que una parte neutral (mediador), con carácter técnico y en posesión de conocimientos adecuados, independiente de los actores institucionales del proceso penal e imparcial, ayuda a las personas implicadas en una infracción penal, en calidad de víctima e infractor, a comprender el origen del conflicto, sus causas y consecuencias, a confrontar sus puntos de vista y a elaborar acuerdos sobre modos de reparación, tanto material como simbólica"... "no es un fin sino un instrumento que se inserta en el proceso penal con unos fines entre los que ocupa un primer lugar los intereses de la víctima".

En la Exposición de motivos de la LO 1/2015, de 30 de Marzo, por la que se reforma el CP, la única referencia a la mediación es la referida a que el cumplimiento de lo acordado por las partes tras un proceso de mediación es una posible condición de la suspensión de la pena.

No obstante, como se adelantó, son numerosos los Juzgados y Tribunales que ofrecen Mediación Penal con la colaboración de Fiscalías, CCAA, Colegios de Abogados, Ayuntamientos, etcétera; en general con gran aceptación y notable éxito.

El Consejo General del Poder Judicial, en su página web, ofrece unos datos estadísticos referidos a los Proyectos de Mediación Intrajudicial⁶ llevados a cabo en los años 2012 y 2013, y es de subrayar que los datos referidos a la Mediación Penal resultan realmente alentadores. Estas son las conclusiones del año 2013 (último estudiado):

“Hay un 40% más de derivaciones que en el año 2012, lo que refleja la confianza que los órganos judiciales, fruto de los resultados obtenidos ya durante años, van teniendo en este procedimiento de resolución de conflictos y en su incidencia en la paz social.

–El grado de satisfacción que se refleja en los acuerdos alcanzados: más de un 76% durante 2013 (...).”

III. CONCLUSIONES

1.- La responsabilidad civil del delito cumple una función fundamental en el Derecho Penal porque tiene por finalidad la restauración de la situación anterior al

⁶ Datos obtenidos en la página web del CGPJ: www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Datos-estadisticos/Mediacion-intrajudicial-en-Espana--datos-2013

delito, si ello fuera posible. La restitución, reparación e indemnización de perjuicios materiales y morales se establecen para su aplicación a los distintos supuestos que puedan presentarse. Ocurre que, a veces, a la víctima le basta esto y no pretende la represión penal del infractor.

2.- La satisfacción de la responsabilidad civil por parte del infractor es valorada positivamente por nuestro sistema penal que premia esa voluntad reparadora con beneficios penológicos, atenuación de responsabilidad, obtención de libertad condicional, etcétera, e incluso puede ser valorada como un inicio de rehabilitación que disminuye la necesidad de la pena.

3.- Puesto que, en ocasiones, el sistema penal se ve en entredicho porque no ofrece respuestas satisfactorias a ninguna de las partes en conflicto: la víctima es no es convenientemente tratada ni reparada en su daño y el agresor no consigue rehabilitarse ni reintegrarse a la sociedad una vez cumplida la pena, ha llegado el momento de dar protagonismo a las partes, víctima e infractor, en la búsqueda de soluciones al conflicto generado por el delito. Probablemente una de las alternativas sea la mediación como instrumento de justicia restaurativa.

4.- La mediación penal puede definirse como un modelo de solución de conflictos que, mediante la intervención de un “tercero” neutral e imparcial, ayuda a víctima y victimario a dialogar, a exponer sus pretensiones reparadoras uno y a responsabilizarse del daño el otro, y a la petición de perdón; en definitiva, a confrontar sus visiones y a encontrar soluciones para resolverlas. No pretende suplir el sistema de justicia penal existente, sino a complementarlo, humanizarlo y racionalizarlo y por ello urge normativizarlo como se ha hecho ya en materia civil, familiar y mercantil. Las últimas experiencias prueban la bonanza de estos métodos que, además, contribuirán a una mayor agilización de la Justicia.

BIBLIOGRAFÍA

Artículos

- ANTÓN BLANCO, J.L, Incidencia del cumplimiento de la responsabilidad civil en la responsabilidad penal. Cuadernos de derecho judicial, nº 44, 2008.
- MÁRQUEZ DE PRADO PÉREZ, J. Efectos de la responsabilidad civil "ex delicto". Cuadernos de Derecho Judicial, 16, 2004.
- VILLAMOR MONTORO, P.R., La víctima y el proceso penal: la responsabilidad civil. Cuadernos de Derecho Judicial, 16, 2004.
- QUINTERO OLIVARES, G. La responsabilidad civil y la reparación en la política criminal contemporánea. Cuadernos de Derecho Judicial, nº 16, 2004.

RIOS MARTÍN, J.C. Justicia Restaurativa y mediación penal. Cuadernos Digitales de Formación, 3, 2008.

Páginas web

www.poderjudicial.es/cgpj/es/

* * * * *

María del Carmen de León Jiménez

Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Canarias. Socia FICP.

~La intervención de las comunicaciones: escuchas telefónicas. Jurisprudencia del TC, del TS, del TEDH~

I. INTRODUCCIÓN

El apartado 3 del artículo 18 de la Constitución española garantiza el secreto a las comunicaciones y, en especial, las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.

Desde la STC 114/1984, de 29 de noviembre, el Tribunal Constitucional ha indicado que el bien jurídico protegido por este precepto a través de la imposición a todos del secreto, es la libertad de las comunicaciones, cualquiera que sea el sistema empleado para interceptarlas y no la intimidad. El secreto, que es lo expresamente proclamado por el art. 18.3 CE tiene un significado instrumental respecto de la libertad: se garantiza el secreto de las comunicaciones para que éstas puedan realizarse con libertad. Así, lo que garantiza la Constitución es la libertad de las comunicaciones, además del secreto de las mismas, teniendo en cuenta que tanto la libertad como el secreto operan en todo tipo de comunicaciones sin importar el medio a través del cual se produzcan. Cuestión diferente es que se otorgue una especial protección a aquellas que se producen utilizando medios específicos como el correo, el telégrafo o el teléfono, seguramente más protegidas por ser mayor el riesgo de poder ser interceptadas, pero sin que en ningún caso ello suponga una enumeración taxativa.

Si bien las intervenciones telefónicas adquieren carta de naturaleza en el ordenamiento jurídico español por mor del art. 18.3 de la CE, a nivel de la legalidad ordinaria, se regulan en el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Dicho precepto establece en su párrafo segundo que: “asimismo el Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiera indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante en la causa”, y en el apartado tercero se determina:

“De igual forma el Juez podrá acordar en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogables por iguales períodos, la observancia de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que sirvan para la realización de sus fines delictivos.”

No se puede negar que la interceptación de las comunicaciones en general, y en particular las comunicaciones telefónicas, es un medio muy eficaz en la lucha contra la delincuencia y una fuente de información esencial para el descubrimiento de los delitos, en el marco de un proceso penal con todas las garantías.

Sin embargo, no puede decirse que la regulación de las intervenciones telefónicas en nuestro derecho procesal esté bien regulada. La falta de precisión del legislador en la redacción del art. 579 de la LECRIM, determinó que las incógnitas suscitadas hubieran de ser completadas sucesivamente por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, lo cual ha desembocado en una falta de seguridad jurídica difícilmente tolerable en un Estado de Derecho.

En los términos de la Sentencia del Tribunal Supremo 999/2004, de 19 de septiembre y resumiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Las interceptaciones de las comunicaciones deben siempre fundarse en una Ley de singular precisión, clara y detallada, han de someterse a la jurisdicción y perseguir un objeto legítimo y suficiente y ser realmente necesarias para alcanzar éste, dentro de los métodos propios de una sociedad democrática, debiendo, además, posibilitarse al propio interesado el control de su licitud y regularidad, siquiera fuere ex post a la práctica de la interceptación.¹

II. LAS ESCUCHAS TELÉFONICAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

En nuestro Derecho, el dilatado retraso en la regulación normativa, con entrada en vigor del artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal casi diez años después de la promulgación de la Constitución, que había obligado a cierta elaboración jurisprudencial, no se vio compensado, en absoluto por esa claridad, precisión y detalle que exigía el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, el TEDH ha considerado insuficiente tal previsión e incluso ha condenado a España por vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas. En este sentido afirmó en la Sentencia de 18-2-2003,² que las garantías introducidas por la L.O 4/1988 de 25 de mayo no responde a todas las condiciones exigidas por la jurisprudencia del Tribunal, especialmente en las sentencias Kruslin contra Francia y Huvig contra Francia, para evitar abusos. Lo mismo ocurre con la naturaleza de las infracciones que pueden dar

¹ SSTEDH 6-9-1978, “ caso Klass”; 25-3-1983 “ caso silver; 24-4-1999 caso Huvig y caso Kruslin,

² STEDH 18 de febrero de 2003 “ caso Prado Burgallo contra España)

lugar a las escuchas, con la fijación de un límite a la duración de la ejecución de la medida, y con las condiciones de establecimiento de las actas de síntesis que consignan las conversaciones intervenidas, tarea que se deja a la competencia exclusiva del secretario judicial. Todas estas insuficiencias se refieren igualmente a las precauciones que hay que tomar para comunicar intactas y completas las grabaciones realizadas, para su control eventual por el Juez y por la defensa. La Ley no contiene ninguna disposición a este respecto. Además como recuerda en la Sentencia TC 184/2003, de 23 de octubre, el TEDH, “en particular, poniendo en conexión la protección que el art. 8 Convenio Europeo de derechos Humanos brinda a los comunicantes con el requisito relativo a la necesaria previsión legal de la injerencia ha declarado la vulneración de este derecho por ausencia de previsión legal si la legislación no regula de forma detallada el caso de los interlocutores escuchados por azar, en calidad de partícipes necesarios de una conversación telefónica registrada por las autoridades en aplicación de sus disposiciones³. Como señala la Sentencia del TS 99/2010, de 16 de febrero, sin duda, estas apreciaciones demuestran la necesidad de que el legislador español proceda a la aprobación de una regulación adecuada de las intervenciones telefónicas en nuestro Derecho.

1. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional, sin embargo, ha entendido que, si en la práctica de las intervenciones telefónicas en el caso concreto se han respetado las exigencias materiales que deberían constar en el Ley, no puede decirse que se haya producido una vulneración real del derecho del afectado al secreto de sus comunicaciones telefónicas (STC 49/1999), pues los aspectos esenciales de su derecho habrán permanecido incólumes. En este mismo sentido el TEDH, dictó el Auto de inadmisión de fecha 25 de septiembre de 2006 en el caso Abdulkadir Coban contra España, en el que se admite la integración de la ley española con las exigencias consolidadas jurisprudencialmente. Se dice así que “aunque una modificación legislativa incorporando a la ley los principios extraídos de la jurisprudencia del Tribunal sea deseable, tal y como el propio Tribunal Constitucional constantemente ha indicado, este Tribunal estima que el art. 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tal y como quedó modificado por la Ley Orgánica 4/1988 de 25 de mayo y completada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, establecen reglas claras y detalladas y precisan a priori con suficiente

³ Sentencia del TEDH de 16 de febrero de 2002, caso Amán contra Suiza

claridad la extensión y modalidades de ejercicio del poder de apreciación de las autoridades en la materia consolidada”, citando al efecto las Sentencias del TEDH Kruslin contra Francia, Krulig contra Francia y Lambert contra Francia, entre otras, Sentencia TS 99/2010, de 16 de febrero. Lo cual incide sobre la importancia que tiene el contenido material de la resolución judicial en la validez de una intervención telefónica insuficientemente regulada legalmente.

El Tribunal Constitucional se volvió a pronunciar⁴ entendiendo que del precepto legal resulta la insuficiencia de su regulación sobre el plazo máximo de duración de las intervenciones, puesto que no existe un límite de las prórrogas que se pueden acordar; la delimitación de la naturaleza y gravedad de los hechos en virtud de cuya investigación pueden acordarse; el control del resultado de las intervenciones telefónicas y de los soportes en los que conste dicho resultado, es decir, las condiciones de grabación, y custodia, utilización y borrado de las grabaciones, y de las condiciones de incorporación a los atestados y al proceso de las conversaciones intervenciones. Sin embargo, entendió que la falta de cobertura legal no constituye por sí sola una vulneración del derecho fundamental, siempre que los órganos judiciales hubieran actuado en el marco de la investigación de una infracción grave, para la que de modo patente hubiera sido necesaria, adecuada y proporcionada la intervención telefónica y la hubiesen acordado respecto de personas presuntamente implicadas en el mismo, respetando, además, las exigencias constitucionales dimanantes del principio de proporcionalidad.

2. Jurisprudencia del Tribunal Supremo

En cuanto al Tribunal Supremo, algunas sentencias, como la STS de 29 de mayo de 2007 recuerda que la cuestión sobre la ausencia de regulación adecuada no es nueva porque ya ha sido resuelta por la Sentencia del Tribunal Constitucional anteriormente citada 184/2003 de 23 de octubre, pero que su invocación “permite reiterar una vez más el clamoroso ejemplo de mora legislatoris en que vienen incurriendo los poderes públicos encargados de promover los procesos legislativos. Ni las condenas del TEDH, ni las reiteradas admoniciones del Tribunal Constitucional llamado a poner término a esta singular forma de anemia, ni los esfuerzos de la sala Segunda por integrar las insuficiencias del actual art. 579 LECrim, han sido suficientes para superar el actual estado de cosas. También la Fiscalía general del Estado, en las Memorias correspondientes a los últimos años, ha incluido entre sus propuestas de reforma

⁴ Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional nº 184/2003, 23 de octubre

legislativa, la solicitud de una regulación más detallada del incompleto art. 579 LECrim, insistiendo en la inaplazable necesidad de abordar una reforma del vigente marco jurídico en materia de interceptación de las comunicaciones telefónicas”.⁵

Para zanjar esta cuestión, el Tribunal Supremo se hace eco de las resoluciones del Tribunal Constitucional que han reconocido la vaguedad del precepto examinado pero no han procedido a declarar su inconstitucionalidad, pues entonces producirían un vacío mayor y dejarían fuera de cualquier cobertura legal y sólo al amparo del art. 18.3 de la Constitución unas medidas claves para el esclarecimiento de infinidad de hechos delictivos.

En alguna de sus últimas resoluciones, el Tribunal Supremo parece haber desistido de solicitar una y otra vez una regulación más detallada de las escuchas telefónicas, y se limita a señalar que el artículo 579 debidamente interpretado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo es suficiente para acordar esta medida de investigación con todas las garantías, tal y como ha reconocido el TEDH en la sentencia de 25 de septiembre de 2006, caso Abdulkardr contra España.

3. Requisitos para la legitimidad de las intervenciones telefónicas

Hay algunos temas que han sido resueltos (a medias) por la jurisprudencia. En primer lugar, con respecto a los requisitos generales. Según la doctrina jurisprudencial los requisitos que según la doctrina jurisprudencial han de concurrir para la legitimidad y validez de las intervenciones telefónicas son: 1) la exclusividad jurisdiccional, en el sentido de que únicamente por la autoridad judicial se pueden establecer restricciones y derogaciones al derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas. 2) la finalidad exclusivamente probatoria de las interceptaciones para establecer la existencia del delito y descubrimiento de las personas responsables del mismo⁶. 3) la excepcionalidad de la medida, que sólo habrá de adoptarse cuando no exista otro medio de investigación del delito. 4) la proporcionalidad de la medida que sólo habrá de adoptarse en el caso de delitos graves en los que las circunstancias que concurren y la importancia de la trascendencia social del hecho delictivo aconsejen la adopción de la misma, de tal manera que la derogación en el caso concreto del principio garantizador sea proporcionada a la finalidad legítima perseguida⁷. 5) La limitación temporal de la

⁵ STS de 29 de mayo de 2007

⁶ STS de 12 de septiembre de 1994.

⁷ STS de 20 de mayo de 1994.

utilización de la medida interceptadora de las comunicaciones telefónicas: la Ley de Enjuiciamiento Criminal autoriza períodos trimestrales individuales, pero no podrá prorrogarse la intervención de manera indefinida o excesiva porque ello la convertiría en desproporcionada e ilegal⁸. 6) la especialidad del hecho delictivo que se investigue. 7) la medida además recaerá únicamente sobre los teléfonos de las personas indiciariamente implicadas, ya sean los titulares de los teléfonos o sus usuarios habituales⁹. 8) La existencia previa de indicios de la comisión de delito y no meras sospechas o conjeturas¹⁰. 9) La existencia previa de un procedimiento de investigación penal¹¹. 10) que la resolución judicial acordando la intervención telefónica se halle suficientemente motivada¹². 11) La exigencia de control judicial en la ordenación, desarrollo y cese de la medida de intervención¹³.

La falta de motivación de las resoluciones judiciales relativas a las intervenciones telefónicas, es la causa más habitual de expresar tal reproche por las defensas en los recursos de casación. A tal efecto, se requiere para la adopción de tal medida, la existencia de indicios y de una adecuada motivación sobre tales indicios, que justifiquen la interceptación de las comunicaciones. Tales indicios son meras sospechas, pero tampoco resulta necesario que se trate de verdaderos actos probatorios, sino que son una categoría intermedia, tenido en la consideración de datos objetivos.

La STS 223/2010, de 1 de marzo, señala que la motivación de las resoluciones judiciales atinentes a la injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones¹⁴, tanto los autos iniciales que la autorizan, como los dictados sucesivamente como ampliación de los primeros o los de prórrogas, como ha señalado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 167/2002, de 18 de septiembre, con cita de los numerosos precedentes y jurisprudenciales del mismo Tribunal aplicables al caso),

“tiene por fundamento la necesidad de justificar el presupuesto legal habilitante de la intervención y la de hacer posible su control posterior en aras del respeto del derecho de defensa del sujeto pasivo de la medida, habida cuenta de que, por la propia finalidad de ésta, dicha defensa no puede tener lugar en el momento de la adopción de la medida”.

⁸ STS de 9 de mayo de 1994

⁹ STS de 25 de junio de 1993

¹⁰ STS de 18 de abril de 1994

¹¹ STS de 25 de marzo de 1994

¹² STS de 18 de abril, 20 de mayo y 12 de septiembre de 1994

¹³ STS de 18 de abril de 1994

¹⁴ SSTs 988/2003, de 4 de julio y 530/2004 de 29 de abril.

Deben expresarse los indicios que existen acerca de la presunta comisión de un hecho delictivo grave por una determinada persona; número o números de teléfono y personas cuyas conversaciones han de ser intervenidas; tiempo de duración; quiénes han de llevarla a cabo y cómo; y los períodos en los que debe darse cuenta al juez para controlar su ejecución, particular relevancia tiene la necesidad de exteriorizar los datos o hechos objetivos que pueden considerarse indicios de la existencia del delito y la conexión de la persona o personas investigadas con el mismo, señalándose que “los indicios son algo más que simples sospechas pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento” o “sospechas fundadas en alguna clase de dato objetivo”¹⁵. Estos últimos -el dato objetivo- han de manifestarse en el doble sentido de ser accesibles a terceros y de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o que se va a cometer el delito. Sigue diciendo la sentencia del Tribunal Constitucional señalada en primer lugar (fundamento jurídico segundo) que ello es la información que facilitan al órgano jurisdiccional, fiabilidad que, por otra parte, habrá de verse confirmada o desmentida posteriormente y como resultado de las diligencias llevadas a cabo”.

En suma, no se trata de compartir criterios, sino de un ejercicio de racionalidad en la adopción de la medida, que queda dicho con estas palabras:

“...a partir de ahí, la decisión adoptada compete en exclusiva al juez de Instrucción, puesto que con ello se cumple la garantía jurisdiccional, por mucho que puedan sostenerse ulteriores criterios discrepantes acerca de la oportunidad o conveniencia de la misma, siempre por supuesto que aquella no resulte irracional o completamente infundada”.

4. La intervención de las comunicaciones en las dependencias policiales

Partiendo de las garantías y requisitos necesarios para la legitimidad de las intervenciones telefónicas, cabe señalar que el artículo 579.2 de la Ley de Enjuiciamiento criminal¹⁶, no habilita la intervención de las comunicaciones verbales directas entre los detenidos en dependencias policiales.

Como señala el Tribunal Constitucional¹⁷:

“en consonancia con lo expresado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos(sentencias de 30 de julio de 1998, caso Valenzuela contra España, y 18 de febrero de 2003, caso Prado Burgallo contra España.. el artículo 579 LECrim (en su redacción anterior y en la vigente, dada por la Ley

¹⁵ STC 171/99, 299/2000 o 14 y 202/2001

¹⁶ Artículo 579.2 de la LECrim:”Asimismo, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa

¹⁷ STC 1 26/2006, de 30 de enero

Orgánica 4/1988, de 25 de mayo) adolece de vaguedad e indeterminación en aspectos esenciales, por lo que no satisface los requisitos necesarios exigidos por el artículo 18.3 CE para la protección del derecho al secreto de las comunicaciones, interpretado, como establece el art. 10.2 CE, de acuerdo con el artículo 8.1 y 2 CEDH”.

El citado precepto, 579.2 de la LECrim se refiere a las intervenciones telefónicas, no a escuchas de otra naturaleza, ni particularmente a las que se desarrollan en calabozos policiales y entre personas sujetas a los poderes coercitivos del Estado para su detención, ámbito que por su particularidad debe venir reforzado con las más plenas garantías y con la debida autonomía.

Por otra parte, la legislación penitenciaria¹⁸, dispone la posibilidad de que las comunicaciones orales y escritas sean intervenidas motivadamente por el director del establecimiento penitenciario, dando cuenta a la autoridad judicial competente. Sin embargo, la normativa penitenciaria, no rigen en un marco extrapenitenciario, ni están pensados para supuestos en los que no opera con toda su singularidad el régimen administrativo de especial sujeción propio del interno en un establecimiento de esa naturaleza. Por lo que cabe concluir que dicha legislación tampoco ampara la posibilidad de interceptación de comunicaciones distintas a las expresamente contempladas en su regulación jurídica.

a) *A propósito de la Sentencia 145/2014 de 22 de septiembre*

La Sala segunda del Tribunal Constitucional se pronunció en Sentencia de fecha 22 de septiembre sobre la posibilidad de que se pueda acordar la intervención judicial de las conversaciones que los detenidos mantienen en los calabozos¹⁹, entendiéndose que este tipo de intervenciones carecen de habilitación legal, al no estar previstas ni por la Ley de Enjuiciamiento Criminal ni por la ley general Penitenciaria.

Esta sentencia supone una novedad como consecuencia de la limitación que impone al arbitrio judicial en orden a las grabaciones ambientales, por cuanto el Tribunal Constitucional limita las facultades del juez instructor para el descubrimiento de los hechos cuando se trata de una intromisión en las comunicaciones orales directa. Las grabaciones ambientales son todas aquellas que no sean intervenciones telefónicas y, en concreto, la mencionada sentencia se refiere a las grabaciones acordadas por el juez en las dependencias policiales.

¹⁸ L.O. 1/1979, de 26 de septiembre, general penitenciaria, art. 51 y reglamento penitenciario, RD 190/1996 de 9 de febrero.

¹⁹ STC 145/2014, 22 de septiembre

La sentencia estima el recurso de amparo interpuesto por quien había resultado condenado en firme como autor de los delitos de asesinato agravado, detención ilegal, robo con violencia e intimidación en las personas y tenencia ilícita de armas, quien tras su detención fue objeto de grabaciones en dependencias policiales. La resolución declara la nulidad de esas escuchas como prueba de cargo y declara que ha sido vulnerado el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

Tanto la Audiencia provincial de Zaragoza como el Tribunal Supremo consideraron que la autorización dada por el Juez de Instrucción de Zaragoza para que se instalaran micrófonos en los calabozos policiales que iban a ocupar los detenidos por la desaparición de quien luego apareció muerto era legal. El razonamiento jurídico empleado para defender la legalidad de tal medida era doble:

1.-El artículo 579.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que prevé la posibilidad de que el juez acuerde mediante resolución motivada la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado si existieran indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia relevante para la causa.

2.-El artículo 51.1 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, general penitenciaria que prevé que las comunicaciones orales y escritas de los internos puedan ser intervenidas motivadamente por el director del establecimiento penitenciario dando cuenta a la autoridad judicial competente.

Resulta claro que ninguno de los dos preceptos legales describía hechos como los que motivaron el recurso de amparo. Ni se trataba de intervenciones de comunicaciones telefónicas ni quienes estaban en el calabozo eran reclusos sino simplemente ciudadanos detenidos por la policía.

La Sentencia explica que, según reiterada jurisprudencia del tribunal, la injerencia en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones “deberá hallarse fundamentalmente en la ley, la cual habrá de expresar todo y cada uno de los presupuestos y condiciones de la intervención, lo que requiere en este caso una ley de singular precisión”.

El Tribunal Constitucional reconoce que el artículo 18.3 CE garante del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, protege del mismo modo las conversaciones telefónicas y las conversaciones orales directas, situándolas en un plano

de igualdad frente a la interferencia de terceros que lleguen a conocer el contenido de lo grabado. Sin embargo, advierte la Sentencia, que el juez únicamente está legitimado para acordar la intervención de las comunicaciones que sean de naturaleza telefónica, por cuanto el artículo 579.2 LECrim hace referencia de forma exclusiva a las escuchas telefónicas y o a escuchas de otra naturaleza. En este sentido, el juez no puede acordar, aunque fuera mediante resolución motivada, la grabación de las conversaciones mantenidas en las dependencias policiales entre detenidos, pues escapa de la autorización deducida del mencionado precepto legal. Por ello, el TC señala que nos encontramos ante una laguna legal que debe ser resuelta pero que en el momento presente, la práctica de estas grabaciones es contraria al artículo 18.3 de la CE, y, consecuentemente, deviene nula la prueba obtenida por ese cauce:

“No estamos por lo tanto ante un defecto por insuficiencia de la ley, ante un juicio sobre la calidad de la ley, sino que se debate el efecto asociado a una ausencia total y completa de la ley. Y es que el artículo 579.2 LECrim se refiere de manera incontrovertible a intervenciones telefónicas, no a escuchas de otra naturaleza”.

Concluye el Tribunal Constitucional declarando la lesión del artículo 18.3 CE por la intervención de las comunicaciones verbales en dependencias policiales, descartando en cambio, las denuncias frente a las intervenciones telefónicas y constatado además que no se formula queja de vulneración autónoma respecto de otras diligencias probatorias practicadas durante la instrucción, incluidas las entradas y registros domiciliarios que mencionan las resoluciones recurridas.

Esta trascendente sentencia ya ha tenido un efecto importante, como ha sido la anulación por parte de la Audiencia de la Coruña de las conversaciones obtenidas en los calabozos de la Guardia civil entre Alfonso Bastera y Rosario Porto, detenidos por la muerte de su hija Asunta.

BIBLIOGRAFÍA

- GIMENO SENDRA, V., La intervención de las comunicaciones. Diario La Ley nº 7192, Sección Doctrina. 7 de junio de 2009.
- LÓPEZ GRACÍA, E. M.: Comentario a la STEDH de 18 de febrero de 2003, caso Prado Bugalla c. España. Actualidad Jurídica ARANZADI, año XIII-n.º 594.
- NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A. Intervenciones telefónicas (Comentario a la STC 49/1999, de 5 de abril), En Repertorio Aranzadi del TC. Vol. II. Parte Estudio.

* * * * *

María Paz Malpica Soto

Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla. Socia FICP.

~La infracción urbanística. Su tipificación en el orden penal~

Resumen.- La Constitución Española justifica la Tutela Penal Urbanística con fundamento en los artículos 45 y 47 de la misma. La Introducción de los Delitos contra la Ordenación del Territorio en el Código Penal Español de 1.995 ha sido tardía y su regulación ha sido modificada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la necesidad de dar una respuesta penal para reprimir conductas perjudiciales y atentatorias contra los bienes jurídicos protegidos que son la “utilización racional del suelo orientada a los intereses generales”. La Protección penal tiene unas características singulares encabezadas por el principio de intervención mínima. Los tipos delictivos están descritos en dos preceptos los artículos 319 y 320 del Código Penal en el que se comprenden las conductas objeto de sanción, los autores, la penalidad, las sanciones y la adopción de medidas de reparación.

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución Española reconoce el derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna, así el artículo 47 establece que “Los Poderes Públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación”. De la misma forma el artículo 45 garantiza el derecho de todos a disfrutar de un medioambiente adecuado y establece que “Los Poderes Públicos velarán por la utilización racional de los recursos naturales”, entre los cuales se encuentra el suelo con un papel relevante. Mandatos constitucionales que justifican la Tutela Penal Urbanística con fundamento en los artículos 45 y 47 de la Constitución Española.

La Introducción de los Delitos contra la Ordenación del Territorio en el Código Penal de 1.995, ciertamente aunque en otros países europeos Francia, Italia, Alemania la tipificación penal de las infracciones urbanísticas existe desde tiempo atrás, en el nuestro tras varios intentos en proyectos anteriores no es hasta el Código Penal de 1.995 donde se tipifican dichas conductas en capítulo independiente del Título XVI del libro II dedicado a “los delitos contra la ordenación del territorio y a la Protección del patrimonio histórico y del medio ambiente”. Regulación que ha sido modificada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, en la exposición de motivos de dicha Ley, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, se explica la modificación del título XVI del libro II del Código Penal por la necesidad de dar una respuesta penal para reprimir conductas altamente perjudiciales y atentatorias contra los bienes jurídicos que el legislador ha querido incluso reforzar, tras la reforma

operada. El concepto de ordenación del territorio es un concepto amplio frente al concepto más reducido de urbanismo que se erigía como el núcleo esencial de protección del tipo penal descrito en el artículo 319.

II. REGULACIÓN LEGAL

La rúbrica del Capítulo I del Título XVI del Libro II, que tiene el siguiente enunciado: De los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo contiene:

El artículo 319.1 CP 1995 castiga en su párrafo 1.º a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo una construcción no autorizada en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección. En su párrafo 2.º castiga a las mismas personas cuando la conducta sea llevar a cabo una edificación no autorizable en suelo no urbanizable. Y en su párrafo 3.º se autoriza a los jueces y tribunales a que, motivadamente, puedan ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe.

La literalidad del precepto nos lleva en primer lugar a delimitar el concepto de los variados y distintos sujetos activos del delito.

Por promotor la doctrina entiende que es aquel que inicia, dirige, organiza o emplea los medios conducentes a hacer posible la construcción. Por constructor, aquel que ejecuta la obra, responsabilizándose del modo de ejecución y de la calidad de los materiales: empresario de la obra le llama la Ley del Suelo de 1992 en su artículo 264.1. Más complejo es el concepto de técnico director, puesto que el legislador penal no lo concreta y la legislación urbanística tampoco, pero deberían entenderse incluidos en ese concepto los ingenieros técnicos, actúen conjuntamente o sólo uno de ellos.

Este delito admite la participación del extraneus, que puede ser cualquier persona incluso el obrero u operario, siempre que sea conocedor y consciente de la ilegalidad de la obra y coopere a su realización.

El elemento subjetivo de estos delitos hay que significar que los tipos penales contenidos en los dos párrafos del artículo 319 sólo pueden ser cometidos en forma dolosa, no es preciso, un dolo específico basta con el dolo genérico, ya que la comisión imprudente no está tipificada.

En cuanto a los tipos concretos contenidos en el artículo 319 este artículo contempla en sus dos párrafos dos tipos distintos: en el primero se contempla la construcción no autorizada en suelos públicos (viales, zonas verdes, bienes de dominio público, con valor paisajístico, artístico, histórico, etc.), y en el segundo, la edificación en suelo privado.

1. La construcción no autorizada en suelo público.

No define el Código Penal ni la Ley de Suelo de 1992 qué se entiende por «construcción». La doctrina considera que este término y el de edificación -de que habla el apartado 2 del artículo 319- son términos afines pero no idénticos. Construcción es transformación material de los terrenos o espacios sobre los que se realiza, y edificación es toda obra de fábrica realizada para habitación u otros fines análogos.

La doctrina entiende que se considera no autorizada tanto la construcción cuya licencia no se ha pedido como la que se ha pedido y se ha denegado y asimismo si la licencia se ha obtenido ilegalmente.

2. La edificación no autorizable en suelo privado no urbanizable.

La edificación ha de ser no autorizable, que es aquella respecto de la cual no ha recaído licencia porque realmente no es susceptible de ser otorgada porque lo impiden las normas urbanísticas.

Para saber lo que es suelo no urbanizable hay que acudir en los municipios al plan General de Ordenación, a las Normas Subsidiarias y Complementarias del Planeamiento o, en su defecto, a la Ley del Suelo o a las Normas autonómicas.

El apartado 3.º del artículo 319 autoriza al órgano judicial a que, motivadamente, pueda ordenar a cargo del autor del hecho la demolición de la obra, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe. Los arts. 248 a 251 de la Ley del Suelo determinan pormenorizadamente las facultades que corresponden a la Administración en este punto. Hay que entender, sin embargo, que si el Juez Penal no hace uso de esta facultad, ello no impide que sea la Administración la que, conforme a las normas administrativas, pueda ordenar la demolición de la obra.

Este párrafo tercero es objeto de modificación por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo que entrara en vigor el día 1 julio de 2015 que establece que en cualquier caso, los jueces o tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la

demolición de la obra y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, y valorando las circunstancias, y oída la Administración competente, condicionarán temporalmente la demolición a la constitución de garantías que aseguren el pago de aquéllas. En todo caso se dispondrá el decomiso de las ganancias provenientes del delito cuales quiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar.

Por último el artículo previene que cuando fuere responsable una persona jurídica de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código se le impondrá la pena de multa de uno a tres años, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del doble al cuádruple del montante de dicho beneficio.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.»

III. BIEN JURÍCO PROTEGIDO

El bien jurídico protegido en los delitos sobre la ordenación del territorio es el valor material de la ordenación del territorio, en su sentido de utilización racional del suelo orientado a los intereses generales, pues la filosofía que emana de las normas constitucionales es la de castigar las conductas objetivamente más graves, que originen consecuencias trascendentes para la ordenación del territorio. El art. 319 CP 1995 castiga conductas objetivamente graves y dolosas que ataquen un bien jurídico comunitario, la utilización racional del suelo y la adecuación de su uso al interés general; por ello el análisis del tipo debe realizarse desde la perspectiva de la antijuridicidad material, aplicando el principio de mínima intervención cuando no se aprecie afectación del bien jurídico tutelado, ya que los tipos penales no pueden servir como mero reforzamiento de la autoridad administrativa.

Si bien el delito descrito en el art. 319 CP 1995 como tipo penal de nueva configuración plantea gran cantidad de cuestiones, existiendo jurisprudencia menor contradictoria, por lo que al bien jurídico protegido se refiere, ha de considerarse acertada la postura doctrinal que señala que el mismo se caracteriza por la protección de las propiedades del suelo, como marco jurídico de la vida humana frente a operaciones urbanísticas, postura ésta que parece además ratificada por el legislador en el art. 9.1 L

6/1998 de 13 Abril Ley de Régimen del suelo y valoraciones. Por otra parte, ha de indicarse que se trata de un delito de mera actividad, de carácter doloso, no siendo previsible su comisión culposa, quedando al margen, por tanto, los supuestos de error vencible

La legislación penal urbanística configurada en el CP 1995 no ha pretendido considerar como infracción penal toda infracción administrativo urbanística, sino que lo que pretende es castigar las violaciones o ataques más graves al suelo o a espacios comunes o bienes colectivos sometidos al interés social, que es lo que le otorga el carácter de bien jurídico de digno protección penal a esos lugares, en los que en ningún caso sería posible la libre actuación urbanística. Tal criterio respeta el carácter de ultima ratio del Derecho Penal y como consecuencia debe respetarse el ámbito propio del derecho administrativo sancionador.

IV. DOCTRINA

La doctrina opina como el autor GÓRRIZ ROYO (1) que puede decirse que la perspectiva urbanística es innata al concepto de «ordenación del territorio», pues éste se origina de la modulación que el «urbanismo» experimenta al despojarse de su tradicional acantonamiento en el estricto ámbito de la urbe para adaptarse al contexto socio-político actual, persistiendo aún hoy dificultades para delimitar ambos conceptos a causa, sobre todo, del tratamiento unitario que se les dota en la regulación jurídica vigente. No son dos bienes jurídicos distintos, la «ordenación del territorio» engloba los intereses y las necesidades sociales a las que trata de dar respuesta el «urbanismo» si bien, ambas funciones públicas lo realizan desde ámbitos territoriales distintos. El objetivo común a ellas es la utilización racional del suelo, del territorio o del espacio, pudiéndose ello lograr desde los enfoques que proporciona la legislación urbanística y de ordenación del territorio. Por consiguiente, cabe afirmar que todas las actuaciones urbanísticas son ejecución de las directrices más genéricas para la «ordenación del territorio.»

Javier RODENAS MOLINA (2) opina que el derecho penal deba intervenir no ya con la misión de intentar paliar un problema de difícil solución por la conceptualización de nuestro actual modelo de urbanismo, pero sí, con la misión de no permanecer el Ius Puniendi del Estado como un espectador pasivo de tan acuciante problema, precisamente porque la sanción penal se hace inevitable para castigar los supuestos en los que el derecho administrativo se ha revelado ineficaz.

Como opina DE ALFONSO LASO DANIEL (3) desde desde la entrada en vigor de la regulación de los delitos urbanísticos en el Código Penal, el número de asuntos en este campo es muy bajo debido a los muchos problemas que estos delitos presentan esta minoría de resoluciones revela que tales problemas no se han resuelto

Como expone Miranda ESTRAMPES (4) «otra de las causas que contribuyen a que la legislación penal en este ámbito tenga un carácter simbólico consiste en que el sistema penal y procesal penal continúa estando diseñado en gran medida para la persecución de la denominada delincuencia clásica. Todo el subsistema policial y procesal penal sigue diseñado, fundamentalmente, para perseguir e investigar delitos contra las personas y delitos patrimoniales clásicos (hurtos y robos). Lo que se ha venido denominando Derecho Penal de dos velocidades, o en la actualidad de tres velocidades, está generando un verdadero Derecho Penal de clases sociales. Los tipos penales clásicos suelen llevar aparejadas penas privativas de libertad, en algunos casos de una especial intensidad punitiva, así por ejemplo, los delitos contra el patrimonio (hurto, robo con fuerza, robo con intimidación...). Por el contrario, para estos nuevos tipos delictivos que protegen intereses difusos o colectivo (por ejemplo, delitos medioambientales, delitos contra el patrimonio histórico, delitos urbanísticos...), se propone una respuesta punitiva de menor intensidad, como contraprestación a la flexibilización de los principios clásicos y de las reglas de imputación, que se traduce en la imposición de penas pecuniarias o penas privativas de derechos o, en su caso, de penas cortas privativas de libertad. Se habla así de un Derecho Penal soft o suavizado. El argumento utilizado para justificar esta diferenciación de sanciones penales se basa en que este nuevo tipo de delincuencia está alejada del "núcleo duro de la criminalidad"».

También opina Juan Ramón BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (5) que consecuentemente una cosa es que la realización de estos delitos presupongan que solo se castiguen las conductas más graves entre la disciplina urbanística contenidas en la normativa de ordenación del territorio y otra completamente distinta es que la interpretación de los arts. 319 y 320 haya de hacerse sistemáticamente bajo la suposición prioritaria del principio de intervención mínima, constatadas que sean los elementos constitutivos del tipo penal.

V. JURISPRUDENCIA

Como breve referencia jurisprudencial, hay que señalar, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos con referencia al Principio non bis in idem podemos citar la STEDH de 23 de octubre de 1995, la de 30 de julio de 1998 la de 29 de mayo de 2001, de 6 de junio de 2002, y de 13 de septiembre de 2005 sobre competencias comunitarias del Tribunal Constitucional reafirmando la constitucionalidad de las leyes penales en blanco. La STC 120/1998, afectación por las normas comunitarias 102/94, 24/1996 la relevante STC 61/97 que reconoce la legislación de esta materia por las CCAA, y la de 11 de octubre de 1999 sobre el principio non bis in idem y el cambio de criterio en la posterior de 2 de julio de 2001, la de 10 de julio de 2001 admitiendo el error de prohibición y la STC 22/2009 de 29 de enero sobre la regla general de la demolición La del Tribunal Supremo STS de 26 de junio de 2001 sobre la consideración de autores del delito a los particulares no profesionales, la de 28 de marzo de 2006, la de 21 de junio de 2006, STS 2.ª S 17 Octubre de 2006 dispone que el medio ambiente es un valor de rango constitucional, puesto que el derecho a disfrutarlo y el deber de conservarlo aparecen proclamados en el artículo 45.1 de la C.E., así como la posibilidad de su sanción penal Así la STS de 28 de marzo de 2006 sobre principio de intervención mínima y así mismo hay que señalar los Criterios mantenidos por las distintas Audiencias Provinciales así SAP de Córdoba de 16 Diciembre de 2002 y de 4 Febrero de 2003, SAP de Córdoba de 3 Noviembre de 2004, SAP de Jaén de 29 Mayo de 2000, SAP de Jaén de 4 Septiembre de 2000, SAP de Jaén de 18 Enero de 2007, SAP de Palencia de 14 Marzo de 2000 SAP Cádiz de 5 Febrero de 2004 SAP de Madrid de 3 de Octubre de 2006

VI. CARACTERÍSTICAS DE LA PROTECCIÓN PENAL

Principio de Intervención mínima, el Derecho penal y el derecho administrativo se complementan para mejorar la tutela de un interés colectivo relevante desempeñando cada uno de ellos el papel que le corresponde, el derecho administrativo realiza una función preventiva y sancionadora de primer grado, reservándose el derecho penal para las infracciones más graves, de conformidad con el principio de intervención mínima.

Es cierto que estamos ante conductas también sancionadas en vía administrativa, pero el principio de legalidad determina que, por decisión del legislador, se aplique una sanción más contundente a determinados comportamientos por la especial relevancia de

los intereses colectivos implicados, fruto de la indisciplina urbanística generalizada y la falta de efectividad de la actuación administrativa.

La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 27-11-2009, incide en la necesidad de la sanción penal por la indisciplina urbanística que ha llevado a una situación de ineficiencia de las técnicas de control existentes para que los procesos de ejecución urbanística se lleven a cabo con pleno sometimiento a la ley y al derecho “Mas la desastrosa situación a que, a pesar de la normativa legal y administrativa, se ha llegado en España respecto a la ordenación del territorio, incluida la destrucción paisajista, justifica que, ante la inoperancia de la disciplina administrativa, se acude al Derecho Penal, como Ultima Ratio. Sin que quepa desconocer que la profunda lesión del bien jurídico protegido trae causa en buena parte del efecto acumulativo provocado por transgresiones. No es admisible dudar de que el hecho afecta gravemente al bien jurídico tutelado penalmente.”

Es Norma Penal en blanco, es un tipo penal que puede calificarse de en blanco o parcialmente en blanco pues la norma penal necesita una heterointegración con la normativa administrativa como se confirma por la dicción legal de “lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección...” los problemas de todo tipo que plantea una norma penal en blanco, abarcan desde problemas de legalidad, por la remisión a normas administrativas de rango inferior al legal, reglamentos, planes urbanísticos etc..., a problemas de igualdad ante la ley, porque las normas administrativas a que se remite el tipo penal son distintas en las diferentes Comunidades Autónomas y de culpabilidad por la dificultad que entraña conocer la extensa normativa administrativa.

Como normas penales en blanco procede el reenvío normativo a la legislación estatal y a la legislación urbanística autonómica para completar e integrar los tipos penales de los artículos 319 y 320. Así el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo, señala en su artículo 3 que la ordenación del territorio y la ordenación urbanística son funciones públicas que organizan y definen el uso del territorio y del suelo de acuerdo con el interés general, determinando las facultades y deberes del derecho de propiedad del suelo conforme al destino de éste.

Accesoriedad Parcial del Derecho Administrativo. Es la opción para configurar el Derecho penal desde una vertiente preventiva, se entiende merecedor de sanción penal las acciones con consecuencias lesivas para ese bien necesitado de intervención penal.

Principio non bis in idem, desde el ámbito mixto administrativo jurisdiccional penal, el problema se plantea cuando la Administración y la jurisdicción penal imponen o van a imponer cada una en su ámbito una sanción, se estima en este caso la prioridad del orden penal frente al administrativo, así lo ha establecido el Tribunal Constitucional en STC 177/1999 y el Tribunal Supremo en STS de 22 de julio de 2.004

Delito de lesión grave. Delito de simple actividad. En términos generales se considera el delito urbanístico como de mera actividad, pero que debe ser aplicado solo en casos que se estimen de potencial lesividad, incluyendo solo las conductas más graves e intolerantes en atención al principio de intervención mínima.

VII. CONDUCTA SANCIONADA

Tras la reforma operada por la LO 5/2010 se amplían las conductas típicas en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo al incorporarse la referencia a las obras de urbanización. Se amplían las conductas urbanísticas penalmente relevantes, y se unifican los términos empleados para describir la conducta típica y se castigan las obras de urbanización, construcciones y edificaciones que se realicen en los suelos especialmente protegidos del apartado 1 del 319 del código penal y en suelo no urbanizable del apartado 2 del 319 del código penal. Con el nuevo artículo 319 ya no se establece diferencia entre construcción-edificación.

1) En primer lugar se tipifican las urbanizaciones, construcciones y edificaciones no autorizables, realizadas sin licencia y que conforme a la legislación vigente en el momento en que se realizó la construcción no era posible su obtención de haberla solicitado en lugares especialmente protegidos, estos son los dos elementos que integran este delito, la ausencia de licencia y la construcción en lugares especialmente protegidos, y se sanciona a los Promotores, Constructores o Técnicos directores que la lleven a cabo, el Tribunal Supremo fijó una doctrina pacífica con la sentencia de 14 de mayo de 2003 al afirmar que el delito del artículo 319 es un delito común, y que no se exige la profesionalidad del promotor, constructor, o técnico.

A partir del 23 de diciembre de 2010 con la entrada en vigor de la LO 5/2010 serán punibles las obras de urbanización no autorizables que se ejecuten en suelos

especialmente protegidos (319.1) y suelos no urbanizables (319.2) se trata de un concepto jurídico indeterminado y tratándose de una norma penal en blanco intentaremos concretar qué se entiende por obras de urbanización a la vista de la Ley 8/2007 de 28 de mayo Ley del Suelo y la legislación urbanística autonómica que en cada caso corresponda, serán por tanto penalmente perseguibles las construcciones que se lleven a cabo en suelo no urbanizable, y no es determinante el destino de la obra si es vivienda o habitación, lo decisivo es que tenga vocación de permanencia y produzca una alteración de la zona afectada, bastaría para acreditar el delito con constatar que se ha llevado a cabo una construcción en suelo no urbanizable.

GÓRRIZ ROYO respecto a la inclusión del término obras de urbanización en el artículo 319 del código penal, estima que la inclusión del término obras de urbanización trae como causa directa que se extiende el ámbito típico a acciones que, con anterioridad, podían ser calificadas, como máximo, de formas imperfectas de ejecución en estos delitos. Es decir, se ha adelantado la intervención penal en este ámbito, viniendo ahora a constituir actos consumados lo que, conforme a la redacción del CP de 1995, sólo podían considerarse supuestos de tentativa.

Como obras de urbanización podemos estimar que son todas aquellas que se ejecutan una vez que se inicia el proceso de urbanización de un terreno, las obras llevadas a cabo para dotar a dicho terreno de los elementos previstos por la legislación urbanística, como acceso rodado, abastecimiento y evacuación de agua, suministro de energía eléctrica, con la finalidad de servir a la edificación que sobre ellos exista o vaya existir, ya sean para viviendas, locales o edificaciones de carácter industrial.

Por construcción podemos definir, cualquier acto que suponga una transformación material o sustancial de los terrenos o espacios sobre los que se realiza, entendiéndose el término construcción en sentido amplio en el que se incluyen muros, presas u obras industriales. “Construcción fija, hecha con materiales resistentes, para habitación humana o para otros usos”.

Por “edificación” debemos entender conforme a la ley sobre Ordenación de la Edificación (Ley 38/99 de 5-11) en su art. 2 “la acción y el resultado de construir un edificio de carácter permanente, público o privado, cuyo uso principal está comprendido en los siguientes grupos industrial”. Habrá que entender que es toda obra cerrada con techo, como concepto más restringido que “construcción”, pero en modo alguno cabe excluir del concepto aquellas edificaciones que no estén destinadas específicamente a

servir de habitación humana: ni el concepto gramatical, ni el uso ordinario de la palabra, ni el concepto jurídico permite tal restricción, que excluiría del delito la edificación de como naves industriales u otras construcciones semejantes, lo que es obvio que no correspondería ni a la literalidad ni a la finalidad y ámbito de protección de la norma. La Sentencia de 25 de Julio de 2008 de la Audiencia Provincial de Sevilla precisó que "por edificación habrá que entender toda obra cerrada con techo como concepto más restringido que construcción, pero en modo alguno cabe excluir del concepto aquellas edificaciones que no estén destinadas específicamente a servir de habitación humana: ni el concepto gramatical, ni el uso ordinario de la palabra, ni el concepto jurídico permite tal restricción, que excluiría del delito la edificación de naves industriales u otras construcciones semejantes...".

a) Accesoriedad del acto, dependencia relativa del tipo penal respecto de la normativa o actuación administrativa, porque el tipo penal depende relativamente de la normativa administrativa al utilizar el tipo penal esa normativa administrativa como instrumento necesario para su efectividad.

Hay dos formas de remisión a la normativa reguladora de la materia, la accesoriadad del derecho pues exige el tipo penal que "la edificación no sea autorizable" y la remisión a las autorizaciones o aprobaciones de la autoridad administrativa, accesoriadad del acto como hace en el párrafo primero al exigir que la construcción no sea autorizable.

b) Elemento negativo, ausencia de licencia, la problemática se plantea si la licencia obtenida es nula, o en los casos de licencia obtenida por silencio administrativo, y si la construcción realizada sin licencia es contraria al planeamiento vigente en el momento de su ejecución.

c) Se tipifica la construcción como delictiva en lugares especialmente sensibles, tanto lo sean ya en el momento de la construcción, como en los espacios destinados a ello. Para lo que habrá que contar también con el planeamiento urbanístico, tanto con referencia al Plan Nacional de Ordenación, Planes Parciales, Planes especiales, y tienen que tomarse también en consideración las normas autonómicas, pues el protagonismo legislativo en materia urbanística lo tienen las Comunidades Autónomas y porque la mayoría de ellas disponen de legislación específica.

2) En segundo lugar se castigan la construcción o edificación no autorizables en suelo no urbanizable y se castiga a los Promotores, Constructores o Técnicos directores que la lleven a cabo.

a) Naturaleza autónoma del subtipo, porque la conducta sancionada es distinta y no se trata de una mera cualificación atenuadora de la establecida en el párrafo primero

b) Clase de suelo: no urbanizable, se considera a todo aquel que no tenga la condición de urbano.

c) Construcciones o Edificaciones no autorizables, serán aquellas que de acuerdo con la normativa urbanística aplicable en ningún caso podrían ser autorizadas por la Administración, esto es edificaciones no susceptibles de ser legalizadas, pueden plantearse problemas en los casos de modificación del planeamiento, de una recalificación del suelo. El término edificación es más limitado que el de construcción, o como algún autor ha establecido“ aún cuando toda edificación sería una construcción, no toda construcción sería una edificación, esta viene siendo considerada como toda obra de fábrica construida para habitación o usos análogos”

3) La demolición de la obra: consecuencia accesoria y facultad del Juez.
Problemática

Se establece en el párrafo tercero del artículo 319, y es una facultad que deberá ser ponderada teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad, y la concurrencia de otros intereses, aunque es cierto que la demolición de la obra tendría una gran eficacia y más fuerza de prevención general, es cierto también que cuando la demolición pueda afectar a derechos de terceros los problemas materiales y procesales que se plantean dificultan la efectividad de esta medida.

La adopción de medidas cautelares de paralización o suspensión de las obras podrá ordenarse por el Juez o Tribunal en base a los artículos 13 de la Ley de Enjuiciamiento criminal y 339 del código Penal.

La demolición debe ser aplicada de forma general y excepcionalmente podrá no ordenarse una vez que se motive la excepcionalidad de la no demolición bien porque exista otra medida que pueda restablecer la realidad física alterada o atendiendo a las circunstancias particulares de la persona, y en según que casos atendiendo a un cambio del planeamiento vigente o en supuestos de ampliaciones de vivienda, pero para satisfacer la exigencia de la motivación de la resolución judicial deberá expresarse por

qué no se considera necesaria la regla general de la demolición, de lo contrario, entendemos que quedaría vulnerada la tutela judicial efectiva

VIII. AUTORES

Sujeto Activo: Particulares y Profesionales. Hasta que el Tribunal Supremo sentó jurisprudencia en las STS de 26 de junio de 2001 y de 14 de mayo de 2003 al establecer que “... cualquiera que realice funciones de promoción jurídica de la obra o cualquiera que construya será considerado a efectos penales promotor o constructor...” las distintas Audiencias Provinciales aplicaban criterios de interpretación distintos, de forma que una misma conducta era castigada en unas y absuelta en otras Así a favor de esta postura la A.P de Cádiz, Jaén, Granada Sevilla. En contra considerando solo autores a los profesionales Almería, Málaga, Córdoba , Huelva.

Funcionarios públicos y Autoridades, se castiga de forma expresa al funcionario público o autoridad que realizan en el ejercicio de sus cargos conductas que atentan contra los bienes jurídicos protegidos en los correspondientes delitos urbanísticos.

IX. PENALIDAD

Sanciones para las personas físicas y personas jurídicas. Para las personas físicas se impone como pena principal la inhabilitación para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo, pena de prisión y pena de multa. En el caso de que quien construya o promueva sea un apersona jurídica, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

X. ADOPCIÓN DE LA MEDIDA DE DEMOLICIÓN

El párrafo tercero del artículo 319 establece que “en cualquier caso los jueces o tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo de autor de hecho, la demolición de la obra y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada...”.

No es una consecuencia del delito, se adopta con la finalidad de restaurar el orden urbanístico vulnerado por la realización de la construcción no autorizada o de la edificación no autorizable. Por carecer del carácter de Sanción, no se viola el principio non bis in idem por la imposición de una pena y la medida de demolición, por la misma razón tampoco está sometida al principio de proporcionalidad.

La adopción de la medida de demolición solo podrá ser adoptada en los supuestos en que efectivamente se constate que se ha vulnerado el orden urbanístico. En este

sentido, las sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz de 5 de febrero y de 14 de abril de 2004, después de condenar por un delito urbanístico, señalaban que no era proporcional que se acordara la demolición de lo indebidamente construido, sin perjuicio de que así lo pudiera acordar la Administración municipal competente en el expediente que tenía abierto a tal efecto. Lo mismo se debe de concluir necesariamente de la lectura del artículo 339, correspondiente a las Disposiciones Comunes de estos delitos, en el que expresamente ya se dice que estas medidas cautelares lo serán para “la protección de los bienes tutelados en este Título”.

XI. TIPO DELICTIVO

Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, se perfila por el legislador por qué y en qué se concreta la modificación del título XVI del libro II del Código Penal y el artículo 320 en sus dos párrafos se contemplan figuras de prevaricación agravadas. En el 1.º se castiga a la Autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente proyectos de edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes, y en el 2.º se castiga con las mismas penas a la Autoridad o funcionario público que, por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado, haya resuelto o votado a favor a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia.

En ambos casos ha de tratarse de Autoridad o funcionario público, y lo son aquellos a los que se refiere el artículo 24 del Código Penal, y ambos han de proceder «a sabiendas de la injusticia», esto es, ambos tipos no pueden cometerse más que en forma dolosa. La forma culposa podrá castigarse conforme a las normas administrativas pero no conforme a la normativa penal.

La conducta típica del primer apartado consiste en informar favorablemente proyectos de edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas. En el primer caso basta el informe favorable, sea o no vinculante, sea o no acogido en la resolución que se dicte.

La conducta típica del segundo apartado exige la resolución o el voto favorable de la Autoridad o funcionario a la concesión de la licencia ilegal. En este supuesto basta la resolución o el voto favorable (aunque luego no obtuviese respaldo mayoritario), aunque luego la construcción o edificación no llegara a realizarse por cualquier motivo.

La expresión «a sabiendas de su injusticia» ha sido interpretada por algún sector doctrinal como la exigencia de un plus sobre la mera legalidad, considerando que cuando existe ese plus (infracción no sólo de las normas sustantivas de planeamiento, sino de las de procedimiento y de los principios constitucionales) existirá infracción penal; si sólo existe contravención de la legalidad, existirá sólo infracción administrativa. No compartimos esta opinión. Una tal exigencia en el ánimo del agente hará inviable la aplicación del precepto.

Con la señalada regulación, queda patente que se amplían las conductas típicas de las obras ilegales o clandestinas que pueden ser objeto de delito de prevaricación urbanística ya no sólo se incriminan conductas relacionadas con el proceso de otorgamiento de una licencia urbanística, desde informar favorablemente proyectos de edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes, artículo 320-1º, a resolver o votar a favor de su concesión por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado, artículo 320-2º, sino que se adelantan las barreras protectoras del derecho penal a las actuaciones sobre planeamiento, frecuentemente señaladas por la doctrina, como el foco prioritario de corruptelas en la administración pública. Nótese igualmente, que se añade la palabra construcción superando de este modo la actual concepción de edificación (vivienda, habitación para la reunión de personas o inmuebles destinados a servicios), ampliando la acción a cualquier tipo de obra que produce el hombre con el empleo de los medios mecánicos y técnicos apropiados, una sustancial modificación con vocación de permanencia de la configuración original de zona geográfica afectada (STS 29-11-2006). Asimismo, se amplía el espectro de licencias contrarias a las normas no sólo urbanísticas sino también contrarias a aquellas de ordenación territorial.

Destacar la introducción en este precepto de la previsión de dos modalidades de conducta omisivas consistentes en:

1º) silenciar la infracción de normas relativas a la ordenación del territorio o urbanísticas, con motivo de inspecciones.

2º) omitir la realización de inspecciones de carácter obligatorio.

La modificación amplía el objeto sobre el que se puede proyectar la conducta, anteriormente era proyectos de edificación o la concesión de licencias contrarias a las

normas urbanísticas, se incluyen como conductas típicas la ocultación de datos ilícitos, y se suprime la alternatividad entre la pena de prisión y multa.

XII. CONDUCTA SANCIONADA: LA PREVARICACIÓN URBANÍSTICA

Prevaricación específica o especial, pues se trata de un supuesto agravado de prevaricación, ya que concurre el elemento subjetivo típico de la prevaricación, dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo a sabiendas de su injusticia, y este tipo penal especifica las conductas administrativas integradoras de esta prevaricación especial, emitir informes favorables o proyectos de edificación o concesión de licencias contrarias a la normativa urbanística vigente y agravando las penas a imponer, resulta esta prevaricación con una sanción más grave que la prevaricación ordinaria

Según doctrina reiterada del Tribunal Supremo, la injusticia de la resolución no se identifica con el hecho de que la resolución no sea conforme a derecho, sino que ha de quedar limitada a aquellas resoluciones que de modo flagrante y clamoroso, desbordan la legalidad vigente así establece que son requisitos de ella “a sabiendas de la injusticia” y “con arbitrariedad” el término a sabiendas ha de entenderse según reiterada jurisprudencia del T.S. en STS de 25 de octubre de 1995 y 5 de abril de 1995 entre otras, como “la intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto realizado” y el de arbitrarias aquellas resoluciones que sean contrarias a la razón a la justicia y a las leyes, dictadas voluntariamente por capricho .

Estructura: la problemática de la contradicción a las normas administrativas vigentes. Las remisiones en blanco. Las normas urbanísticas que integran la remisión

En primer lugar la conducta típica consiste en informar favorablemente proyectos y licencias contrarias a las normas urbanísticas, la contradicción tiene que ser evidente, si es discutible no se estima concorra este requisito de injusticia en la emisión del informe

En segundo lugar se tipifica votar o resolver a favor de la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas, aplicable en el caso de que se trate de un órgano colegiado.

XIII. AUTORES

Sujeto activo: funcionarios públicos y autoridades, cualidad que debe concurrir en el sujeto activo, atendiendo a la definición que da el propio Código Penal en el artículo

24, que tiene un significado más extenso que el vigente en la legislación administrativa.

Formas: Autoría única, mediata, coautoría y participación en las conductas del artículo 320 del Código Penal. La realización de estas conductas a título de autor solo serán imputadas al funcionario, en estos delitos especiales solo podrá ser autor mediato el sujeto cualificado que podría valerse de un extraneus si el hecho lo permite. Los delitos cometidos en el art. 320 se configuran como delitos especiales propios

XIV. EXIGENCIA DE DOLO

La Modalidad exclusivamente dolosa de la prevaricación urbanística, se evidencia de la propia literalidad del precepto “a sabiendas” e “injusticia”.

Concurrencia de Error. De tipo. De prohibición. Es difícil admitir la concurrencia de error en estos delitos, dado el cargo técnico de los funcionarios y la posición institucional que ostentan las autoridades. Podría admitirse el error de tipo teniendo en cuenta los abundantes elementos normativos jurídicos de difícil integración y la remisión en blanco y el error de prohibición podría contemplarse en casos de vigencia de las normas o aplicación de las derogadas.

Comisión por omisión, solo podrían plantearse en el caso de las conductas tipificadas en el apartado segundo.

XV. PENALIDAD

Penas Previstas. Pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público y pena privativa de libertad y la de multa

La previsión conjunta de consecuencias jurídicas, denota en primer término una mayor gravedad de las penas previstas con respecto a la del delito de prevaricación administrativa del art. 404 C.P., lo que cabe interpretar como indicio del carácter pluriofensivo que manifiestan los delitos contemplados en el art. 320 C.P.(3).

Por último conviene destacar que el art. 320 es norma de preferente aplicación en relación con el art. 319, incluso en aquellos casos en que el funcionario pudiera responder como cooperador necesario del delito cometido por el particular, máxime cuando la reforma 5/2010 ha equiparado la penalidad de delitos, al no contemplarse en el art. 320 ya las penas como alternativas sino de forma acumulativa.

Responsabilidad civil subsidiaria de la Administración, posible que tenga que responder por los daños y perjuicios causados por algunas de las prevaricaciones urbanísticas cuando de las mismas se deriven perjuicios evaluables económicamente

BIBLIOGRAFÍA

- (1) GÓRRIZ ROYO, Protección penal de la ordenación del territorio (Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto del art. 319 CP), Valencia, 2003, pp. 885-887, 1156.
- (2) Monografía. RÓDENAS MOLINA, J., Los delitos contra la ordenación del territorio y las prevaricaciones urbanísticas tras la reforma del Código penal en la L.O.5/2010, RJC 21,2011.
- (3) GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., El delito de prevaricación... Op. cit., p. 156.
- (4) Monografía DE ALFONSO LASO, D., Cuestiones prácticas en el orden penal sobre los delitos contra la ordenación del territorio, Jun 2011, pp. 89-101
- (5) MIRANDA ESTRAMPES M. El populismo penal: consideraciones en torno a la corrupción urbanística, conferencia de fecha 24 de noviembre de 2006 impartida en Pontevedra (Galicia).
- (6) Monografía BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, J.R., La Prevaricación Urbanística, julio de 2012.

* * * * *

Eva M^a Motos Buendía

Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Murcia. Socia FICP.

~La mediación penal en España. Especial referencia a la mediación en menores~

Resumen.- La evolución de los tiempos y de las sociedades lleva a que los legisladores se deban plantear que para la resolución de conflictos existen otras formas o medios con los que obtener la justicia del artículo 24 de la CE, y un buen medio es la mediación, pues en ella las partes se sienten más participativas en la solución de su demanda del conflicto llegando a obtener resultados más positivos; pero en nuestro ordenamiento jurídico aun no encontramos una regulación en el ámbito penal excepto lo previsto en la Ley y en el Reglamento de Responsabilidad del Menor, donde la mediación penal encuentra cabida siendo los resultados obtenidos satisfactorios, en el todos los operadores jurídicos juntos con las partes deben dar su consentimiento para iniciar el trámite de la mediación.

Palabras clave.- Mediación, víctima, infractor, menor, penal, legislación.

I. INTRODUCCIÓN

El Ordenamiento Jurídico Español se recoge la figura de la mediación en los ámbitos civil y de responsabilidad penal de los menores, no así en el del Derecho Penal de adultos, y ello, cuatro años después de que haya transcurrido la fecha límite (22 de marzo de 2006) impuesta por la Decisión Marco del Consejo de la UE de 15 de marzo de 2001 que nos obligaba a ello.

La organización internacional de las Naciones Unidas fue una de la pioneras en introducir la mediación como un medio para resolver los conflictos existentes; así en su carta magna dice: “una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales”, ‘la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección’.

El Consejo Económico y Social de Naciones Unidas ampliando su miras ante la criminalidad menor y llegando a la conclusión de que los mecanismos de justicia tradicional con frecuencia no daban respuesta satisfactoria ni a tiempo, ni desde la perspectiva de la víctima ni en cuanto a las penas dictó el 28 de julio de 1999 una Resolución (1999/26) titulada Desarrollo e implementación de mediación y medidas de justicia restaurativa en la justicia penal, en la que se establecían las siguientes observaciones:

- apuntaba las ventajas de la mediación y medidas de justicia restaurativa para algunos supuestos.

- aplaudía las iniciativas nacionales en este sentido.
- llamaba a los estados a considerar el desarrollo dentro de sus sistemas legales de procedimientos alternativos a la justicia criminal formal y a formular políticas de mediación y justicia restaurativa para promover una cultura favorable a éstas entre las autoridades judiciales y sociales y las comunidades locales, y a considerar la provisión de la adecuada formación a quienes se implicaran en el desarrollo de tales procesos.
- llamaba a los estados interesados, a las organizaciones internacionales y a otras entidades a intercambiar información y experiencias sobre mediación y justicia restaurativa, y pedía a la Comisión sobre Prevención del Delito y Justicia Criminal que estudiara la forma y manera de facilitar un intercambio efectivo de información sobre las experiencias nacionales en esta área y que buscara vías para promover la concienciación entre los estados miembros de las ventajas de la mediación y la justicia restaurativa,
- recomendaba a la Comisión que considerara la oportunidad de formular estándares de Naciones Unidas en el campo de la mediación y la justicia restaurativa, con la finalidad de garantizar la justicia en la resolución de infracciones menores,
- requería al Secretario General a asumir, con recursos existentes o extrapresupuestarios, actividades en apoyo de los estados miembros en el desarrollo de políticas de mediación y justicia restaurativa y para facilitar el intercambio de experiencias y difusión de buenas prácticas a nivel regional e internacional.

La legislación española vigente prevé el recurso a mediación para resolver asuntos penales sólo en materia de Justicia penal juvenil; en materia de Derecho penal para adultos no hay previsión a este respecto, lo que por demás no puede extrañar en demasía si se tiene en cuenta que hasta 2012 se ha carecido en absoluto de una regulación estatal sobre mediación con carácter general.

II. LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA EN MATERIA DE MEDIACIÓN

La primera regulación estatal española de la mediación como forma de resolución general de conflictos, en el ámbito civil y mercantil: el *Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*; publicado en el Boletín Oficial

del Estado de 6 de marzo de 2012, con corrección de errores en el Boletín Oficial del Estado de 16 de marzo.

La Ley se dicta al amparo de la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación mercantil, procesal y civil, establecida en el artículo 149.1.6.^a y 8.^a de la Constitución, y se declara expresamente que incorpora al Derecho español la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, aunque pretende ir más allá, en línea con la previsión de la disposición final tercera de la Ley 15/2005, para conformar un régimen general aplicable a toda mediación que tenga lugar en España y pretenda tener un efecto jurídico vinculante, si bien circunscrita al ámbito de los asuntos civiles y mercantiles y dentro de un modelo que ha tenido en cuenta las previsiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional de 24 de junio de 2002.

La mediación, a la que siempre se acudirá de manera voluntaria, podrá ser el mecanismo para solucionar los conflictos que en el ámbito mercantil se produzcan entre empresas y sus proveedores y clientes, así como entre los propios socios. Entre los casos en los que se podría aplicar la mediación figuran:

8. Asuntos de familia.
9. Reclamaciones por seguros.
10. Reclamaciones de responsabilidad civil.
11. Conflictos sucesorios.
12. Conflictos dentro de la empresa familiar (grande o pequeña).
13. Conflictos entre socios en la pequeña y mediana empresa.
14. Conflictos en las relaciones mercantiles entre empresas, con clientes y proveedores.
15. Conflictos entre empresas franquiciadoras y franquiciadas.
16. Arrendamientos de locales entre empresas, como centros comerciales -

Aunque la ley de momento sólo prevé la mediación en el ámbito Civil y Mercantil, el Ministerio de Justicia ya trabaja en otros ámbitos, como el Penal o el Contencioso-Administrativo. Se ha empezado por el Civil y Mercantil porque son la

esfera natural y propia de las relaciones entre particulares, entre ciudadanos y/o empresarios. Es un ámbito especialmente sugerente para encontrar el acercamiento de posturas y superar un conflicto entre dos partes.

III. ¿QUÉ ES LA MEDIACIÓN PENAL Y QUÉ FINES PERSIGUE?

La mediación constituye un cauce complementario de resolución de conflictos. Es una fórmula válida y aceptada en el Estado de Derecho que se ajusta a una nueva concepción de la Justicia, al tiempo que constituye una pieza relevante de la modernización de la Administración de Justicia.

En la mediación penal, víctima e infractor, a través de un proceso de diálogo y comunicación, conducido y dirigido por un mediador imparcial bajo el principio de la confidencialidad, se reconocen capacidad para participar en la resolución del conflicto derivado del delito.

Se posibilita la reparación del daño causado y la asunción de las consecuencias provocadas, propiciando en el imputado la responsabilidad personal y permitiendo a la víctima ser escuchada y resarcida.

La mediación penal puede ser solicitada por cualquier persona que sea víctima o aparezca como imputada en un proceso penal, pero deberá ser acordada por el/la Juez encargado de la instrucción (o ejecución) del mismo y contar con la aprobación de la Fiscalía. El proceso de mediación tiene que ser aceptado por ambas partes.

Las características principales de la mediación son:

- Voluntariedad, pues sólo cuando las partes están dispuestas a someterse de forma voluntaria es posible la mediación.
- Confidencialidad, una vez que las partes se someten a mediación, lo tratado en las sesiones será estrictamente confidencial, y sólo los acuerdos serán conocidos por el juzgado. Incluso si no se llegara a acuerdos, lo expuesto por las partes no podrá ser utilizado en contra de éstas en el juicio.
- Gratuidad, esto es, los costes económicos no repercuten en la víctima ni en el infractor, pues son asumidos por la Administración de Justicia.
- Neutralidad, quien realice la mediación, ya sea un/una profesional individual o un equipo de profesionales, no podrá tomar partido por una u otra parte. La

neutralidad conducirá a las partes al acercamiento de posturas, al no observarse partidismo por la persona mediadora.

- Flexibilidad, sobre todo en los tiempos para llevar a cabo un proceso de mediación. Si éste estuviese cerrado a un determinado número de sesiones o un plazo concreto, generaría efectos negativos sobre las partes implicadas.
- Bilateralidad, pues cada parte tiene derecho a ser escuchada, a tener posibilidad de explicarse, de defenderse. Y ello ha de ser equilibrado para las partes.
- Oficialidad, esto es, le corresponde al Juez, con el acuerdo del Ministerio Fiscal la derivación de los casos al Servicio de Mediación. Esta derivación puede ser de oficio o a instancia de las partes implicadas en el proceso.

Son de destacar los fines que se persiguen con la intervención de la mediación en el proceso penal, así podemos indicar los siguientes:

- Asegurar una efectiva protección a la víctima mediante la reparación o disminución del daño causado por el delito. Si no existe víctima, la reparación podrá tener carácter simbólico ante la comunidad social.
- Responsabilizar al infractor sobre las consecuencias de su infracción.
- Puede atenuar la pena.
- Procurar medios para la normalización de su vida.
- Restablecer la convivencia y el diálogo comunitario.
- Devolver protagonismo a la sociedad civil.
- Conocer las causas reales y las consecuencias del conflicto, buscando la fórmula más idónea para satisfacer las necesidades personales de víctima e infractor.

El acceso a la mediación en el ámbito penal ofrece unas ventajas que en algunas ocasiones acudir a los procedimientos tradicionales de la resolución de los conflictos, estos nos ofrecen llegando a tener la sensación las partes del procedimiento que no se ha obtenido los resultados que se esperaban con el inicio de un proceso judicial puro y duro. Por ello, la mediación nos proporciona las siguientes ventajas:

- Mejora de la eficacia de la Administración de la Justicia: Aunque no contribuye a aumentar la celeridad de la Justicia, ya que puede ser un proceso más lento y más

laborioso pero los resultados son mucho más eficaces y satisfactorios para las partes que en lo proceso tradicional.

- Mejora de la asistencia a la víctima: la mediación o conciliación como medio de resolución de conflictos permite que la víctima sea escuchada y pueda manifestar sus inquietudes, debiendo ser esta atención a la víctima prudente ya que en ningún caso debe permitir una disminución de las garantías penales.
- Potencia la responsabilidad del agresor: el responsable asume su responsabilidad y se compromete para el futuro, objetivo prioritario de la prevención especial es la reinserción social; integrándose en la sociedad y reconociendo su delito asumiendo sus responsabilidades con la persona ofendida. Con los acuerdos mediadores se están consiguiendo objetivos propios de la prevención especial sin que necesariamente se tenga que pasar por los efectos negativos del encarcelamiento.
- Estimula a quien ha delinquido en el desarrollo de su capacidad para responsabilizarse del hecho, al enfrentarse a la víctima y al daño causado, lo que le permite comprender mejor los efectos de su conducta, reconocer su responsabilidad y mostrar su disposición a reparar el daño causado. En definitiva, también contribuye a su reinserción social.
- Es un medio pacificador del conflicto: el acuerdo debe satisfacer a las dos partes situando un centro imparcial en el que ambos resulten satisfechos. En Mediación penal de adultos no hay que pensar que la prioridad es la compensación a la víctima ni que lo son los beneficios penológicos para el agresor, ambos son igual de importantes, sin olvidar que la finalidad preventiva del derecho Penal, exige situar el conflicto de esas dos partes dentro del arco más amplio de la sociedad que aspira a prevenir los delitos futuros.
- Refuerza el sentimiento de Justicia: ya que a través del acuerdo mediador el responsable asume los hechos y compensa a la víctima lo que refuerza la vigencia de las normas y por tanto la prevención general positiva.
- Se cumplen todos los fines del derecho penal: sirve a la retribución porque repara la víctima, sirve a la prevención general positiva porque supone aceptar públicamente la vigencia de las normas ante la comunidad, contribuyendo al establecimiento de la paz a través del respeto de las normas, y sirve a la

prevención especial porque el autor reconoce y se hace responsable del delito sin producir las desventajas de la privación de libertad.

- Evita la penalización de conflictos en el ámbito familiar o vecinal.
- Es especialmente adecuada para la delincuencia juvenil: ya que se trata de una figura sancionadora que tiene un alto contenido pedagógico, es educativa y responde al criterio de responsabilidad social propio del derecho penal de menores

IV. LA MEDIACIÓN PENAL EN LOS PROCEDIMIENTOS DE MENORES

En el ámbito penal, la mediación debe contemplar dos esferas distintas. Una esfera es la referida a personas menores, esto es, aquellas cuya edad está comprendida entre 14 y 17 años, y que han cometido un delito o falta. Regulada en la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero, ésta contempla la mediación en el art. 19, en el que se considera el sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima, en aquellos hechos en los que por falta de violencia o intimidación graves, y/o delitos menos graves o faltas, el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima.

La otra esfera a tener en cuenta en el sistema penal es cuando los hechos se producen entre personas mayores de edad. En este caso la mediación aún no ha sido regulada, por lo que su situación viene dada por el voluntarismo del Consejo General del Poder Judicial, instando a los juzgados a poner en marcha proyectos piloto para la resolución alternativa de conflictos.

La responsabilidad penal de las personas menores está recogida en la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero. Esta ley, de espíritu sancionador, pero también educativo, recoge en su articulado mecanismos de reparación del daño causado a la persona víctima, y por tanto, plantea la resolución alternativa de conflictos como una posibilidad a la que recurrir en determinados delitos o faltas.

Si bien la ley distingue entre reparación y conciliación, en ambos casos el medio para llevarlo a cabo es la mediación. Si se habla de reparación, la forma contemplada es la de un acuerdo en el que la persona menor se compromete, bien con la víctima, bien con la comunidad, a reparar el daño causado realizando determinadas actividades con una duración establecida. Si, en cambio, la mediación se presenta como conciliación, se requiere la presentación de disculpas de la persona menor infractora ante la víctima y la aceptación de ésta.

En cualquier caso, quienes son protagonistas de la resolución del conflicto son quienes intervinieron directamente en éste, lo que facilita la asunción de responsabilidades por parte del menor infractor y por otra, la reparación física y emocional de la víctima, que acepta las disculpas o la realización de una actividad en beneficio de la comunidad como la forma de resarcir el daño causado.

La mediación penal en personas menores no es posible si ambas partes (menor y víctima) no están de acuerdo en someterse a este proceso, y la voluntad de ambos para resolver el conflicto; pero esa misma voluntariedad hace que pueda abandonarse el proceso en cualquier momento y por diversas causas, tanto de una parte como de la otra.

Parece claro que la persona menor infractora ha de ser necesariamente persona física. Sin embargo, en el caso de la víctima, puede ser persona física pero también persona jurídica (empresas, grandes almacenes, etc.). En cualquier caso, el proceso es similar, puesto que la víctima jurídica delegará en una persona representante de la empresa para acudir al proceso de mediación.

El proceso en la mediación penal con menores tiene peculiaridades que resultan necesarias mencionar:

Una de las partes tiene que ser menor de edad, mientras que el resto de las partes implicadas, no tiene por qué serlo.

Es necesario que se haya iniciado un expediente judicial contra la persona menor.

El juzgado que conoce el caso califica provisionalmente el hecho como una infracción penal.

Si tras la mediación se produce un acuerdo entre las partes, además de ser válido para las partes, produce eficacia en el procedimiento del expediente en el juzgado de menores que lo tramita.

El Real Decreto 1774/2004 de 30 de junio por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla la Ley Orgánica 5/2000 de responsabilidad penal del menor, señala varios artículos en los que se considera la mediación como una realidad a utilizar en determinados casos, y que se pueden considerar la llave que abre los procesos de mediación. Estos artículos son:

Art. 4: Actuaciones de los equipos técnicos.

Art. 5: Modo de llevar a cabo las soluciones extrajudiciales.

Art.8.9: Competencia funcional.

Art. 15: Revisión de la medida por conciliación.

El reglamento es de extraordinaria importancia pues regula el procedimiento de la mediación extrajudicial, que en penal menores, puede tener dos variantes:

17. Mediación Extrajudicial Pre-sentencial: la mediación se presenta como un método de resolución del conflicto que actúa antes de un procedimiento penal y por tanto, anterior a una sentencia condenatoria.
18. Mediación Post-sentencial: se recurre a ésta una vez que se ha producido sentencia judicial.

La mediación extrajudicial pre-sentencial está regulada en la ley, y en su reglamento posterior, de forma que el procedimiento es el siguiente:

Se pueden contemplar dos variantes en la mediación extrajudicial en penal menores:

A instancia del Ministerio Fiscal, en el momento en que éste conoce el caso de un menor, el equipo técnico valorará si para los intereses de las partes, es conveniente que el menor y la víctima participen del proceso de mediación. Aquí, la participación del letrado es importantísima, pues éste puede instar a la fiscalía a que aplique el criterio de idoneidad para que el menor se acoja a un proceso extrajudicial. En este caso es la fiscalía quien activa el proceso.

El Equipo Técnico es el que tras la valoración del menor (obligada según el artículo 27 de la L.O. 5/2000) podrá recomendar la entrada del menor en el proceso de mediación al Ministerio Fiscal y al propio letrado del menor. Si equipo técnico y fiscalía lo consideran oportuno, ofrecen esta propuesta al letrado del menor, que se configura no como una solución más, sino que se ha valorado la idoneidad del menor para acceder al proceso de mediación.

Tras el Informe del equipo técnico, si el menor ha consentido en acceder a mediación, se inicia por parte del equipo técnico la mediación. Éste recaba toda la información posible, que le llega a través de la investigación policial (informes, peritaciones médicas,...), de la denuncia de la víctima y del menor.

Con todo ello, el equipo técnico cita al menor para una sesión en la que deberán estar presentes el propio menor, su familia (o representantes legales) y su letrado

defensor. En esta sesión, oirá a quienes se hayan personado en la sesión y valorará la conveniencia del proceso de mediación para el interés del menor.

Que el menor acceda a mediación implica el reconocimiento (completo o parcial) de los hechos, las consecuencias de su conducta y la aceptación de reparar los daños causados.

Con todo lo anterior, si finalmente el menor entiende todo el proceso y accede a mediación, el equipo técnico se pondrá en contacto con la víctima. Si ésta es persona física, la persona mediadora deberá escuchar y valorar el grado de victimización y su predisposición a participar en mediación. Si los daños han sido causados en una persona jurídica (entidades, instituciones públicas, empresas,...) el daño emocional apenas si es determinante; sin embargo se recomienda la mediación en la vertiente de reparación de los daños causados.

Considerando que la víctima sea persona física, la persona mediadora deberá valorar la capacidad y voluntad de la víctima para participar en un proceso de mediación que resuelva el conflicto. Ello condiciona la participación de la víctima en el programa de mediación.

Si la víctima, por distintas razones, no participa en el programa de mediación, no significa la expulsión del menor del proceso de mediación. En este caso, el menor realizaría tareas socioeducativas, en beneficio de la comunidad.

Tras la asunción del menor de la reparación y su ejecución efectiva, el equipo técnico comunica al Ministerio Fiscal el resultado de la mediación y los acuerdos logrados. Si el acuerdo es total y el proceso de mediación se considera exitoso, la Fiscalía dará por concluida la instrucción y solicitará al juez el archivo de las actuaciones. Si no hay acuerdo, se continúan las actuaciones en el expediente del menor por el tribunal.

V. CONCLUSIÓN

Una vez visto y analizado en consiste y que beneficios tiene la mediación en el ámbito penal y en concreto cuando los infractores son menores de edad, se puede decir que la intervención de la mediación en los procedimientos penales es positiva pues debido a sus características, de celeridad, ausencia de rectos formalismo, naturalidad, hace que la formalidad que rodea al proceso tradicional lleve a las partes a obtener la tutela judicial efectiva, que tanto predica nuestra constitución, por ello es preciso que la

medición penal como tal obtenga su propia regulación y que se incluya en nuestro ordenamiento jurídico como otra modalidad de resolución de conflictos entre las partes.

VI. BIBLIOGRAFÍA

<http://www.intermediadores.org/mediacion-penal/>.

<http://www.fundacionmediara.es/index.php/mediacion/mediacion-penal.->

GUARDIOLA GARCÍA, Javier. Profesor Titular de Derecho penal. Universidad de Valencia. Marco Legal de la Mediación Penal, pp. 59-61.

* * * * *

Prof. María Jesús Muñoz Company

Abogada Fiscal Sustituta adscrita a la Fiscalía de la Audiencia Provincial de Alicante.
Prof. Asociada, Univ. de Murcia. Socia de la FICP.

~El delito de corrupción en el deporte. Reformas de 2010 y 2015~

Resumen.- El delito de corrupción en el deporte se introdujo como tal con la reforma del Código Penal, operada con la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio y ha sido recientemente modificado por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica a su vez el Código Penal de 1995. Trataremos de explicar el porqué de su inclusión en el Código Penal, sus elementos principales y la opinión crítica casi unánime de la doctrina, corroborada por la ausencia de condenas firmes de los tribunales españoles por estas conductas.

Palabras clave.- Corrupción. Corrupción entre particulares. Corrupción en el deporte. Modalidades activa y pasiva. Críticas.

I. INTRODUCCIÓN

La corrupción es un modo de actuar, un instrumento, una herramienta que permite alcanzar determinados objetivos de otra forma inalcanzables o más costosos¹. Podemos definirla con CARUSO, como toda violación por parte de un individuo dotado de poderes de decisión de las reglas que rigen la actividad del agente, con el objetivo de procurar para sí mismo o para un tercero, una ventaja de cualquier índole.² Nadie duda de que la corrupción es un fenómeno universal que ha traspasado todas las épocas, sin ser exclusivo de un momento histórico determinado ni de la actualidad. Se manifiesta en todas las zonas del planeta, sin que exista ningún Estado carente de actos de corrupción, afectando prácticamente a toda actividad humana, ya sea pública o privada, profesional o amateur, individual o colectiva, por lo que el deporte no ha permanecido ajeno a ella. Es cierto que los actos de corrupción cada vez se manifiestan con mayor frecuencia, y que actualmente conocemos con mayor facilidad su existencia gracias a la información inmediata, a través sobre todo, de la prensa digital; por lo que asistimos ante un espectáculo casi bochornoso, de noticias sobre casos de corrupción pública y privada de una forma continua día sí y día también.

En España (a diferencia de otros países) y en el ámbito del deporte, no estaba regulada esta figura dentro del Código Penal. Originariamente, las primeras propuestas de redacción del Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal no incriminaban de forma específica la corrupción en el deporte. Sin embargo, el Anteproyecto de Ley Orgánica

¹ MALEM, J. La corrupción en el deporte. Fair Play, Revista de Filosofía, Ética y Derecho del Deporte. www.upf.edu/revistafairplay Barcelona, 2014, pp. 105-121.

² CARUSO FONTÁN, M.V. El concepto de corrupción. Su evolución hacia un nuevo delito de fraude en el deporte como forma de corrupción en el sector privado. Foro Nueva Época, núm. 9/2009, pp. 145-172.

de Reforma del Código Penal de 11 de julio de 2009 introdujo por primera vez el número cuatro en el artículo 286 bis, relativo a la corrupción en el deporte, cuyo texto ha pasado, con algunas pequeñas modificaciones, al Código Penal vigente³ (hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015). El Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010 señala la conveniencia de tipificar penalmente las conductas más graves de corrupción en el deporte, castigándose los sobornos protagonizados por los miembros y colaboradores de entidades deportivas y por los deportistas y árbitros, encaminados a predeterminar o alterar el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva, siempre que tengan carácter profesional. La justificación ofrecida por el legislador se limita a indicar que se ha considerado conveniente incriminar estas conductas, sin explicaciones que avalen tal conveniencia, lo que habría sido necesario a la vista de que la Decisión Marco 2003/568/JAI, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, que motiva la incriminación en nuestro Derecho Penal de la corrupción entre particulares, no se refiere al ámbito deportivo. Algo más concreto resulta el informe del Consejo de Estado de 15 de octubre de 2009, que encuentra su fundamento en la relevancia social y económica de los acontecimientos deportivos y de entidades y personas que desenvuelven sus actividades profesionales en tal ámbito.⁴ Se llega a decir por la doctrina (GILI PASCUAL) que la tipificación de estas conductas se ha hecho “por la puerta de atrás”⁵, habiendo desaparecido incluso de la redacción final de la Exposición de Motivos, la referencia expresa a la realización de esta operación “*en línea con distintas legislaciones de nuestro entorno*” en clara referencia a la legislación italiana, como se recogía en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley. En concreto, el legislador estimó la propuesta doctrinal que solicitaba la inclusión en el tipo de la adulteración de pruebas y encuentros deportivos, y no sólo de competiciones, y que proponía su restricción a las de carácter profesional.⁶

En la Ley 1/2015, de 30 de marzo, se ha modificado el artículo 286 bis 4 y se ha introducido como novedad en este ámbito, el artículo 286 quáter, en cuanto a los hechos que pudieran revestir especial gravedad, entendiendo la doctrina (IBARS VELASCO) que nos encontramos una vez más, ante lo que algunos han denominado como Derecho

³ CASTRO MORENO, A. Corrupción entre particulares, en: Memento Experto Reforma Penal. Obra colectiva. Francis Lefebvre. Madrid, 2010, pp. 291-312.

⁴ CASTRO MORENO, A., en: Memento Experto, 2010, p. 302.

⁵ GILI PASCUAL, A. La tipificación penal del fraude en competiciones deportivas. Problemas técnicos y aplicativos. Revista de Derecho Penal y Criminología. Nº 8. Julio, 2012, pp. 13-70.

⁶ CASTRO MORENO, A. Corrupción en el deporte, en: Comentarios a la Reforma Penal de 2010. Obra colectiva. Tirant lo Blanch. Valencia, 2010, pp. 331-337.

Penal “a la carta”, siendo el sentido de la reforma (ante la insuficiencia de la anterior), ampliar el abanico de sujetos activos del tipo de injusto a la par que castigar más severamente las conductas más graves. Y es que, después de cuatro años de vigencia de un tipo que concitó en los medios deportivos cierta unanimidad en la necesidad de pena (a diferencia de lo mantenido por la mayoría de la doctrina) el balance que arroja su aplicación práctica es sorprendente a la vez que decepcionante, dado que no ha existido condena alguna referida a los corruptores del escenario deportivo. Lo que en el año 2010 se conformaba en defensa del deporte profesional, ahora se acomoda en el deporte de especial relevancia económica o deportiva.⁷

El artículo 286 bis 4, en la redacción dada por la Ley Orgánica 5/2010 dispone que:

“Lo dispuesto en este artículo será aplicable, en sus respectivos casos, a los directivos, administradores empleados o colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de ésta, así como a los deportistas, árbitros o jueces, respecto de aquellas conductas que tengan por finalidad predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva profesionales.”

En la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2015, se suprime la referencia final a “profesionales” y se sustituye por “prueba, encuentro o competición de especial relevancia económica o deportiva.” Definiéndose a continuación lo que se considera por competición deportiva de especial relevancia económica y de especial relevancia deportiva.⁸ En esta Ley Orgánica se introduce como novedad, el artículo 286 quáter que dispone:

“Si los hechos a que se refieren los artículos de esta Sección resultaran de especial gravedad, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado. Los hechos se considerarán, en todo caso, de especial gravedad cuando:

- a) el beneficio o ventaja tenga un valor especialmente elevado;
- b) la acción del autor no sea meramente ocasional;
- c) se trate de hechos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal, o
- d) el objeto del negocio versara sobre bienes o servicios humanitarios o cualesquiera otros de primera necesidad.

En el caso del apartado 4 del artículo 286 bis, los hechos se considerarán también de especial gravedad cuando:

⁷ IBARS VELASCO, D. Corrupción en el deporte, en: Comentario a la Reforma Penal de 2015. Obra colectiva. Aranzadi. Pamplona, 2015, pp. 577-584.

⁸ “A estos efectos, se considerará competición deportiva de especial relevancia económica, aquella en la que la mayor parte de los participantes en la misma perciban cualquier tipo de retribución, compensación o ingreso económico por su participación en la actividad; y competición deportiva de especial relevancia deportiva, la que sea calificada en el calendario deportivo anual aprobado por la federación deportiva correspondiente como competición oficial de la máxima categoría de la modalidad, especialidad, o disciplina de que se trate.”

- a) tengan como finalidad influir en el desarrollo de juegos de azar o apuestas; o
- b) sean cometidos en una competición deportiva oficial de ámbito estatal calificada como profesional o en una competición deportiva internacional.”

Vamos a analizar los elementos objetivos y subjetivos de este tipo penal, y las modificaciones a las que se le ha sometido con la reciente reforma por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

II. ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO.

1. Bien jurídico protegido.

Este delito se encuentra incardinado en la nueva Sección 4ª “De la corrupción entre particulares”, introducida igualmente por la Ley Orgánica 5/2010, dentro del Capítulo XI (“De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores”) del Título XIII, “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico”.

La doctrina penal ha ensayado diversas líneas de determinación del bien jurídico protegido en este delito⁹:

- Un primer grupo incide en diversos aspectos ligados al deporte (BLANCO CORDERO, SANTANA VEGA, GÓMEZ MARTÍN), apuntándose al correcto funcionamiento de las competiciones deportivas profesionales, su integridad, pureza o limpieza, o la de sus resultados (GARCÍA CABA). De un modo más genérico, se ha llegado a invocar un presunto macro interés cifrado en la integridad deportiva, como síntesis de los valores sociales inherentes al deporte, que inspiraría también otras infracciones penales que indiquen sobre lo deportivo (MORILLAS). La integridad deportiva abrazaría además del juego limpio o “fair play”, la tutela indirecta de todos los intereses que engloba el deporte profesional y que son inherentes al mismo (BENÍTEZ ORTÚZAR)¹⁰.
- Una segunda línea, apela a intereses económicos, en particular la relevancia económica de los resultados de las competiciones deportivas, el patrimonio de los apostantes o la limpieza del sistema de apuestas (SILVA SÁNCHEZ, BAÑERES, SANTANA/GÓMEZ).

⁹ ANARTE BORRALLO, E. y ROMERO SÁNCHEZ, C. El delito de corrupción deportiva. Aspectos metodológicos, dogmáticos y político-criminales. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2012, pp. 20:1- 20:58.

¹⁰ GILI PASCUAL, A. Revista de Derecho Penal y Criminología, nº 8, 2012, pp. 40.

- No faltan argumentos que entrecruzan estas dos líneas de intereses, como por ejemplo, el correcto funcionamiento de la competición deportiva profesional y la probidad de las apuestas que en torno a ella puedan realizarse (SILVA/ROBLES/GÓMEZ-JARA).

Sin embargo, estas determinaciones del bien jurídico son cuestionables por su vaciedad y retórica y porque no quedan reflejadas en el injusto, según afirman ANARTE y ROMERO¹¹.

El legislador protege un bien jurídico que se escapa del comprendido en el Título XIII del Código Penal, donde se encuentra ubicado este artículo. El origen de ello se encuentra en un documento suscrito por la Liga Nacional de Fútbol Profesional, la Asociación de Clubes de Baloncesto, la Asociación de Clubes de Balonmano, la Liga Nacional de Fútbol Sala, la Asociación de Futbolistas Españoles y la Asociación de Baloncestistas Profesionales, mediante el cual solicitaron a las autoridades públicas responsables, en concreto a los legisladores, la modificación del Código Penal para la prevención, la persecución y la sanción del fraude en el deporte profesional. Posteriormente, la Liga de Fútbol llegó incluso a redactar un Proyecto de Ley contra el fraude en el deporte que fue elevado al Consejo Superior de Deportes. Como consecuencia de lo anterior, podríamos decir que las influencias externas recibidas por el legislador, son causa directa de que nuestro Código Penal haya acabado protegiendo el “fair play”, alejándose sustancialmente del bien jurídico protegido en los delitos de corrupción, que no es otro que el menoscabo económico que se le causa al perjudicado con la corrupción de particulares, llegando incluso a sancionar con penas privativas de libertad de hasta cuatro años conductas que ni siquiera se sancionan con la actual legislación deportiva.¹²

De acuerdo con la nueva redacción del tipo penal dada por la Ley Orgánica 1/2015, y sin perjuicio de las novedades que estudiaremos en el epígrafe cuarto de este trabajo, no se ha resuelto el problema de la determinación del bien jurídico protegido por este tipo penal. Tanto por su ubicación sistemática como por la textura típica de la infracción, sigue siendo difícil aquella. El precepto se conforma, en parte, por remisión a la tipicidad de la corrupción en el sector privado. En consecuencia, la referencia a

¹¹ ANARTE BORRALLO, E. y ROMERO SÁNCHEZ, C. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2012, p. 20:11.

¹² BARRENA CRESPO, L. “El delito de corrupción deportiva”. www.iusport.com. San Sebastián, 2103. Pp. 2 y 3.

“*aquellas conductas*” debe integrarse por remisión a las que define el apartado primero del artículo 286 bis –recibir, aceptar, solicitar por sí o persona interpuesta beneficio o ventaja no justificable de *cualquier naturaleza*-. Solo que aquí la dádiva se endereza a *predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición de especial relevancia económica o deportiva*. Definitivamente, no se trata de proteger sin más la pureza de la competición; de asegurar que el resultado no va a depender más que de los méritos de los que participan, sino solo de hacerlo cuando están en juego, directa o indirectamente, intereses económicos. Una intervención penal limitada pues al deporte en tanto quepa considerarlo un bien o servicio más en el mercado. Aparentemente, la inclusión, junto las pruebas de relevancia económica, de las especialmente relevantes desde solo el prisma deportivo, no altera la conclusión, pues no hay pruebas especialmente importantes en lo deportivo que no tengan, directa o indirectamente, trascendencia económica. Podemos decir que si bien el objeto directo de protección es el juego limpio, éste solo alcanza status de bien jurídico-penal para el legislador, cuando compromete, en términos de peligro abstracto, intereses económicos vinculados con las competiciones deportivas, cuyo status quo quiere protegerse.¹³

2. Sujetos activos.

El tipo se configura como un delito especial. Sujetos activos podrán serlo sólo los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva. También los deportistas, árbitros o jueces capaces, cualquiera de ellos, de tener capacidad de alterar o predeterminar de manera deliberada, el resultado de esa prueba, encuentro o competición deportiva de especial relevancia económica o deportiva. Basta a priori con la capacidad ex ante de influir en el resultado de la prueba.¹⁴

Originariamente, la redacción del delito de corrupción entre particulares contenida en los textos de 2006 y de 2008, únicamente contemplaba a los directivos, empleados o colaboradores, en aplicación de la Decisión Marco 2003/568/JAI de 22 de julio, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado. La propuesta del Consejo General del Poder Judicial fue estimada por el legislador en el Anteproyecto de 2009, que incluyó a los administradores entre los sujetos activos, y que, al establecer “ex novo” el nº 4 del artículo 286 bis, para la corrupción en el deporte, heredó del tipo general de

¹³ IBARS VELASCO, D. en: Comentario a la Reforma Penal de 2015, 2015, p. 581.

¹⁴ IBARS VELASCO, D. en: Comentario a la Reforma Penal de 2015, 2015, p. 581.

corrupción privada, la mención a los cuatro supuestos finalmente mencionados.¹⁵ La inclusión de los administradores junto con los directivos resulta acorde con la normativa administrativa deportiva, que constantemente contempla de forma diferenciada ambas figuras. La inclusión de estos sujetos activos concretos tiene como consecuencia, que la presente modalidad de corrupción en el deporte no sea aplicable a quienes, sin estar comprendidos en la redacción del artículo (por ejemplo, socios o aficionados de un determinado club deportivo), ofrezcan un beneficio o ventaja a un deportista, árbitro, etc, para que favorezca a un determinado equipo, pues en el precepto penal no se señala que sus disposiciones sean ampliables o extensibles a sujetos distintos de los mencionados en el mismo.¹⁶

La nota diferencial entre estos sujetos y los sujetos activos del delito de corrupción entre particulares, es que en el delito de corrupción en el deporte, los directivos, administradores, empleados o colaboradores lo son de una entidad deportiva, y no de cualquier empresa mercantil, sociedad, asociación, fundación u organización. En cuanto a los directivos, son los integrantes de la cúpula de la entidad deportiva, determinados conforme a las reglas generales de distribución de competencias que rijan en la entidad, o, en su caso, a las particulares que ésta haya establecido. La figura de los administradores no concuerda con la contemplada en otros preceptos penales que aluden, junto con los administradores de derecho a los de hecho, quedando estos últimos fuera del tipo. Respecto a los empleados, se incluyen quienes no perteneciendo a ninguna de las restantes categorías, trabajan por cuenta ajena en la entidad deportiva, por ejemplo los integrantes del cuerpo técnico o los miembros de los servicios médicos y terapéuticos. La categoría de los colaboradores parece configurar una categoría residual de personas que, no reuniendo las determinaciones de los otros sujetos, mantienen no obstante, relaciones más o menos inciertas, de prestación de servicios con la entidad deportiva.¹⁷

Un dato clave para la determinación de los anteriores sujetos activos, como hemos visto, es el de que sus respectivas funciones se desarrollen en el seno de entidades deportivas. En principio, esta expresión es sinónima de la de “asociaciones deportivas”, empleada en el artículo 12 de la Ley del Deporte para referirse a las siguientes

¹⁵ CASTRO MORENO, A., en: Comentarios a la Reforma Penal de 2010, 2010, p. 332.

¹⁶ CASTRO MORENO, A., en: Memento Experto, 2010, p. 302.

¹⁷ ANARTE BORRALLA, E. y ROMERO SÁNCHEZ, C. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2012, pp. 20:17 y 20:18.

instituciones: clubs, agrupaciones de clubs y entes de promoción deportiva de ámbito estatal, ligas profesionales y federaciones deportivas españolas; sus respectivas delimitaciones se establecen básicamente en los restantes preceptos del Título III de esta Ley. A estas asociaciones hay que añadir las entidades autonómicas y las extranjeras. La extensión del concepto de entidades deportivas se amplía con una explícita determinación: “*cualquiera que sea su naturaleza jurídica*”, y ello despeja toda duda respecto de la autoría en el seno de aquellas entidades que no se acogen a la forma estándar (sociedad anónima deportiva) de agrupación deportiva profesional, siendo el único límite infranqueable el de las organizaciones criminales.¹⁸

Junto con los anteriores sujetos, que son comunes al delito genérico de corrupción entre particulares, la figura específica de fraude de competiciones, añade a los deportistas, árbitros o jueces. En el caso de los deportistas, debe limitarse la referencia a quienes participan de forma activa en el desarrollo del juego compitiendo en calidad de protagonistas. Tal definición podría incluir no sólo a los jugadores, sino también a los entrenadores y técnicos del equipo, si bien estos últimos tendrían una doble cabida en el delito, por la vía de los empleados o incluso, como colaboradores. Por ello, habría sido preferible que en el artículo 286 bis 4 se mencionara de forma expresa la figura del “técnico”, para evitar dudas en torno a su posible inclusión y armonizar la legislación penal con las disposiciones administrativas en materia deportiva que suelen recoger a los técnicos de forma diferenciada de los deportistas.¹⁹ Con la nueva regulación del tipo por la Ley Orgánica 1/2015, tampoco han sido incluidos.

En el caso de los árbitros y de los jueces, se toma la dualidad de la legislación administrativa deportiva (Ley del Deporte y Reglamento de Disciplina Deportiva), que emplea ambas para referirse a una misma y única figura, relativa a aquellos que tienen la función de velar y dirimir por el correcto cumplimiento de las reglas durante el proceso de la prueba o competición deportiva en cuestión, ejerciendo su “potestas” sobre los deportistas que compiten bajo su autoridad. Lo de menos es el nombre concreto que esta figura reciba en cada deporte concreto (directores de carrera en competición ciclista, jueces de mesa, árbitros...), sino la función que como autoridad asume de cara al cumplimiento de las reglas durante el transcurso de la competición.²⁰

¹⁸ ANARTE BORRALLA, E. y ROMERO SÁNCHEZ, C. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2012, pp. 20:18 y 20:19.

¹⁹ CASTRO MORENO, A., en: Memento Experto, 2010, p. 304.

²⁰ CASTRO MORENO, A., en: Comentarios a la Reforma Penal de 2010, 2010, p. 334.

Por su parte, los órganos deportivos como el Juez Único o el Comité de Competición y el Comité de Apelaciones, integrados en las Federaciones Deportivas privadas, deben tener el mismo tratamiento que los jueces y árbitros, entendiéndose comprendidos en esta mención.²¹

3. Conducta típica

Podemos diferenciar una conducta típica activa y otra pasiva. Comenzando por esta última, se define por remisión al número 2 del artículo 286 bis (en relación con el 4, claro está) y supone que el sujeto activo se muestre receptivo al soborno (recibiendo o aceptando el beneficio o ventaja) o que él mismo ponga en marcha la iniciativa corruptora (solicitándolos). Ello configura un subtipo mixto alternativo, al estar integrado por tres conductas típicas, descritas alternativamente, que son las de solicitar el beneficio o ventaja, lo que supone que es el sujeto activo el que, como hemos dicho, pone en marcha el soborno; la de aceptar el beneficio o ventaja, que implica una confluencia de voluntades con el sujeto que hace la oferta o promesa (en cuyo caso es quien desencadena la iniciativa corruptora) o bien un concierto con él (en cuyo caso, la iniciativa es compartida); y, la de recibir el beneficio o ventaja, que presupone la materialización de la entrega y comporta la efectiva asunción de su objeto por parte del sujeto activo, que pasa a tener la disponibilidad sobre el mismo.²²

Se trata de un delito de mera actividad o de consumación anticipada, consumándose con la estricta realización de las conductas típicas: solicitud, aceptación o receptación. Con todo, para el supuesto de la solicitud, ésta debe llegar al destinatario y resultar idónea por sí misma para contribuir a la finalidad típica.²³

La conducta activa se define por remisión al número 1 del artículo 286 bis, en relación con el número 4, consistiendo en prometer, ofrecer y conceder. Estas conductas tienen un significado equiparable al que tienen en la corrupción privada, como sucede con la modalidad pasiva, con idénticas implicaciones respecto de la naturaleza del delito. El delito incrimina tanto el concierto fraudulento entre ambas partes como la mera proposición de concierto para la adulteración de la competición, sancionando todas las posibles formas en las que el mismo puede darse y con independencia de quien

²¹ CASTRO MORENO, A., en: Comentarios a la Reforma Penal de 2010, 2010, p. 334.

²² ANARTE BORRALLA, E. y ROMERO SÁNCHEZ, C. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2012, p. 20:21.

²³ ANARTE BORRALLA, E. y ROMERO SÁNCHEZ, C. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2012, p. 20:21.

adopte la iniciativa para ello y de que se llegue a entregar o a obtener efectivamente la ventaja o beneficio, o estos no se materialicen. Para que la conducta sea punible debe darse la dualidad personal, en tanto que una parte promete, ofrece o entrega, y la otra, solicita, acepta o recibe, aunque la contraparte no acepte el concierto fraudulento que se le propone, pero debe existir siempre esa contraparte a la que proponer o de la que aceptar. Ello tiene como consecuencia que el delito de corrupción deportiva no ofrezca respuesta a los casos en los que, por ejemplo, un deportista por iniciativa propia, se dopa tomando sustancias prohibidas en la competición para obtener una ventaja deportiva que afecta al resultado de la prueba.²⁴

Al igual que ocurre en los tipos de la corrupción privada general, esta modalidad de corrupción en el deporte tampoco incrimina la recompensa por los actos ya realizados, porque se encuentra limitado a la promesa, ofrecimiento o concesión y a la recepción, solicitud o aceptación “para que le favorezca” (286 bis 1) o “con el fin de favorecer” (286 bis 2). Pero, en ambos casos, el favorecimiento es posterior respecto de la solicitud o del ofrecimiento previo. Por ello, el delito de corrupción deportiva no puede ser aplicado al árbitro que tras alterar fraudulentamente el resultado de una prueba solicita al beneficiario una recompensa, como tampoco a los supuestos en que se hacen regalos al árbitro en consideración a su función.²⁵

III. ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO.

Además del dolo, única modalidad de comisión típica posible, la conducta objetivamente realizada debe tener “*por finalidad predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva profesionales*”, habiéndose modificado como ya hemos adelantado, por la Ley Orgánica 1/2015 que reforma el Código Penal, el término “*profesionales*” por el de “*de especial relevancia económica o deportiva*”, definiéndose a continuación lo que se entiende por cada una de ellas. Estos dos conceptos los analizaremos en el siguiente epígrafe, al estudiar las reformas introducidas por la citada ley orgánica en este tipo penal.

Con esta referencia a una expresa intención o finalidad en el sujeto activo, se añade expresamente un nuevo elemento subjetivo del injusto a este delito de mera actividad y de peligro, añadido que redundará en su ya certificada construcción como

²⁴ CASTRO MORENO, A., en: Memento Experto, 2010, p. 306.

²⁵ CASTRO MORENO, A., en: Memento Experto, 2010, p. 307.

delito de resultado cortado, que le viene dada a través de su redacción por remisión a las conductas de los apartados primero y segundo precedentes. Así, las conductas de corrupción deportiva activa podrán considerarse típicas si la acción del autor tiene por finalidad la alteración del resultado deportivo y es realizada para que le favorezcan a él o a un tercero frente a otros; mientras que las conductas de corrupción deportiva pasiva lo serán, por su parte, si la acción de su autor se orienta a alterar el resultado deportivo con el fin de favorecer frente a terceros a quien le otorga o del que espera el beneficio o ventaja.²⁶

La modalidad de corrupción en el deporte, a diferencia de los tipos genéricos de corrupción privada, especifica en qué debe consistir el acto de favorecimiento que debe realizar el destinatario del beneficio o ventaja, radicando en la finalidad de predeterminar o alterar el resultado de una competición. La predeterminación es la fijación del resultado con anterioridad a la celebración de la prueba o competición, mientras que la alteración puede suponer la modificación posterior de lo ya existente, en el sentido de la intención de modificar el resultado que vendría dado del normal desarrollo de la prueba o competición, abarcándose así todo el espectro temporal previo y coetáneo a la disputa deportiva. En cuanto al resultado predeterminado o alterado, puede consistir tanto en ganar como en perder o, en su caso, empatar. Ahora bien, si esto no tiene discusión en el caso de los árbitros y jueces, no sucede lo mismo en el supuesto de los administradores, directivos y deportistas, en los que se deben hacer varias matizaciones. Parece en primer lugar evidente, que las primas que los clubs ofrecen a sus deportistas por ganar una prueba o competición no ofrecen problemas; sin embargo, ya no estaría tan claro en el supuesto de que las primas por ganar provinieran de un tercero interesado en la obtención de un determinado resultado, La solución se encuentra en la remisión al número 2 del artículo 286 bis, en el que se recoge que el favorecimiento al tercero que le otorga la ventaja se haga “incumpliendo sus obligaciones”, obligaciones que en el ámbito deportivo tienen que ver con la violación de las reglas del juego de cara a la predeterminación o alteración del normal resultado de la competición deportiva. La prima o ventaja que se le ofrece al deportista por ganar la competición lo es para que cumpla sus obligaciones, por lo que esta conducta carecería de la antijuridicidad material para lesionar el bien jurídico protegido, si bien

²⁶ GILI PASCUAL, A. Revista de Derecho Penal y Criminología. Nº 8. Julio, 2012, pp. 44.

sería aquí donde cobraría sentido la mención que el precepto hace al carácter fraudulento de la conducta.²⁷

IV. NOVEDADES INTRODUCIDAS POR LA REFORMA OPERADA POR LA LEY ORGÁNICA 1/2015.

En la Exposición de Motivos de la Ley se dice, a la hora de justificar las modificaciones introducidas en el ámbito de los delitos de corrupción, que las mejoras técnicas introducidas tienen por objeto garantizar la aplicación de estos preceptos en todos los casos en los que, mediante el pago de sobornos, en beneficio propio o de terceros, se obtienen posiciones de ventaja en las relaciones económicas.

Con la reforma se vuelve a un punto intermedio entre el texto proyectado en el año 2009, en el que el legislador se refería a “competición deportiva”, sin más calificativo y el que aún continúa vigente, que habla de “competición deportiva profesional”. La reforma contempla esa competición deportiva como de especial trascendencia económica y deportiva, y se deja para el tipo agravado (el 286 quáter) todo lo relativo al deporte profesional. En la práctica, esto va a suponer que resulte mucho más aplicado el tipo agravado que el básico, lo que no deja de ser objetable desde el punto de vista de la técnica legislativa.²⁸

En la página 4 de nuestro trabajo, recogimos el concepto de competición deportiva de especial relevancia económica o deportiva que dispone el Código Penal en el nuevo artículo 286 bis 4, por lo que no vamos a repetir dicha definición, aunque sí que analizaremos sus notas más características.

En cuanto a la competición deportiva de especial relevancia económica, por “mayor parte de participantes” debe entenderse la mitad más uno que reciban contraprestación económica por el mero hecho de participar. Deberá exigirse que sea abonado por el organizador del evento y en contraprestación a la participación, y no a otros conceptos como el resultado, los derechos de imagen, dietas, traslados, etc. Entiende la doctrina (IVARS) que se trata de un “cajón de sastre” en el que se va a incluir cualquier expresión deportiva con gratificación, por muy nimia que ésta sea. En cuanto a la especial relevancia deportiva, se entenderá que se refiere a la calificada como tal por el calendario deportivo anual aprobado por la federación deportiva correspondiente

²⁷ CASTRO MORENO, A., en: Memento Experto, 2010, pp. 308 y 309.

²⁸ IBARS VELASCO, D. en: Comentario a la Reforma Penal de 2015, 2015, pp. 581 y 582.

como competición oficial de la máxima categoría de la modalidad, especialidad o disciplina de la que se trate, por lo que se conforma como una norma penal en blanco, debiéndose acudir a los calendarios deportivos publicados anualmente para conocer su significado. No se aclara si se trata de competiciones deportivas aprobadas por federaciones españolas, estatales y/o autonómicas; sí que se excluyen las internacionales, al desplazarse su ámbito de protección al tipo agravado.²⁹

Se introduce con la reforma un tipo agravado aplicable a todos los delitos incluidos en la Sección 4ª “Delitos de corrupción en los negocios”, el artículo 286 quáter. Castiga los delitos incluidos en aquella con la pena en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la pena superior en grado, cuando los hechos a los que se refieren aquellos “*resultaran de especial gravedad*”. También recogimos más arriba la dicción literal del precepto, por lo que ahora vamos a analizar las notas más novedosas o características.

En primer lugar, se define cuándo se considera que los hechos habrán de ser *en todo caso* de especial gravedad, aplicable a todos los delitos de la Sección. Y, en segundo lugar, se añaden, de forma acumulativa y sólo para el caso del delito de corrupción deportiva, dos supuestos más. Tanto en uno como en otro caso, deben predicarse únicamente respecto de aquellas conductas que tengan por finalidad predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta, el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva de especial relevancia o trascendencia económica o deportiva. Y sólo podrán ser autores los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva; y, también, los deportistas, árbitros y jueces capaces cualquiera de ellos, de tener capacidad de alterar o predeterminar de manera deliberada el resultado de esa prueba, encuentro o competición deportiva de especial relevancia económica o deportiva y, además, que realicen su actividad con una nueva finalidad:

- el primer supuesto se refiere a los casos en los que la finalidad sea influir en el desarrollo de juegos de azar o apuestas, protegiendo así de manera privilegiada al apostante;
- en el segundo supuesto se incluye una agravación que se conforma como una norma penal en blanco y como un tipo mixto alternativo: la conducta puede ser

²⁹ IBARS VELASCO, D. en: Comentario a la Reforma Penal de 2015, 2015, pp. 582 y 583.

realizada en una competición deportiva oficial de ámbito estatal calificada como profesional o bien en una competición deportiva internacional. Se incorporan dos modalidades alternativas, la primera referente a la protección de las competiciones deportivas profesionales, las que estaban protegidas antes de la reforma en el tipo básico, viéndose ahora tuteladas de forma privilegiada por el legislador sin que se haya justificado el porqué de ese privilegio; y, la segunda, referida a las competiciones internacionales, sin que se aclare si deben ser oficiales y ni siquiera si deben estar organizadas por federaciones.³⁰

V. CONCLUSIONES Y CRÍTICAS

La corrupción se ha extendido en el mundo del deporte como en otros ámbitos de la vida porque es una herramienta útil para conseguir aquellos objetivos que, de otro modo, serían más difíciles o más costosos de alcanzar. Pero no debe olvidarse que la corrupción deportiva adultera la competición, resultando la igualdad de armas que debe reinar en el deporte, claramente debilitada.³¹ El deporte en general, y el fútbol en particular, se ven salpicados por el amaño de partidos, existiendo en la actualidad redes de delincuencia organizada cuyo fin último es el de blanquear dinero y obtener jugosas ganancias³², es un mecanismo apropiado para que el narcotráfico o las mafias blanqueen sus activos. El lavado de dinero sucio a través de la compra de entidades deportivas, traspasos de deportistas, patrocinio de espectáculos deportivos o amaños de partidos, se utiliza cada vez con mayor asiduidad. Lo estrictamente deportivo pasa a un segundo lugar y su efecto desmoralizador sobre los atletas y el público³³ en general es evidente. No hace falta buscar noticias referentes a estos amaños y trampas en tiempos lejanos, sino que si miramos las noticias más recientes vemos como la corrupción en el deporte está a la orden del día. Estos días se recoge en todos los medios de comunicación las detenciones que se han producido en la FIFA con motivo de una investigación desarrollada por el gobierno de los Estados Unidos para investigar movimientos financieros sospechosos. Se están investigando presuntos sobornos pagados por empresarios deportivos a directivos de la FIFA por ceder los derechos de transmisión de partidos de fútbol; la acusación cubre veinticinco años de historia de la FIFA y abarca operaciones que utilizaron bancos de Estados Unidos (con oficinas en Nueva York y

³⁰ IBARS VELASCO, D. en: Comentario a la Reforma Penal de 2015, 2015, pp. 583 y 584.

³¹ MALEM, J. Revista de Filosofía, Ética y Derecho del Deporte, 2014, p. 112.

³² BARRENA CRESPO, L. “El delito de corrupción deportiva...”. Op.cit. P. 2.

³³ MALEM, J. J. Revista de Filosofía, Ética y Derecho del Deporte, 2014, p. 114.

Miami)³⁴. Con ello queda clara la necesidad de contar con cuantos más instrumentos legales mejor, para poder responder ante estas conductas ilícitas con contundencia, con el fin de evitar su incremento.

Sin embargo, en la práctica y en nuestro país, no encontramos sentencia condenatoria firme por alguno de los delitos que hemos estudiado. Ya con anterioridad a la inclusión de este tipo penal por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, la doctrina era contraria a ello (CARUSO), a la vista de los problemas que había generado ya en otros países como Italia, y porque si se comenzaba a tipificar expresamente un delito de fraude en el deporte, surgiría pronto la necesidad de tipificar expresamente y de forma individualizada los actos corruptos que se verifiquen en otros órdenes sociales.³⁵

Además, en este supuesto nos encontramos (como en otros muchos dentro del Código Penal) con una norma penal en blanco, lo que obliga necesariamente a remitirse a la regulación administrativa (Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte y Real Decreto 1591/1992, de 23 de diciembre, de Disciplina Deportiva), con la indeterminación que ello conlleva y con la posibilidad de duplicidad de sanciones y vulneración del Principio “non bis in idem” que podría darse en la práctica.³⁶

La doctrina también ha criticado la regulación de este delito de corrupción en el deporte, por considerar que contiene términos ambiguos y conceptos vagos, siendo un claro ejemplo de opacidad legislativa (ANARTE y ROMERO)³⁷. Consideran estos autores que este tipo penal carece de toda justificación ético-política externa, y que ni siquiera en virtud del principio de subsidiariedad, debería intervenir el Derecho Penal en este ámbito, debiendo perseguirse estas conductas mediante técnicas de prevención extrapenal, por ejemplo, de carácter administrativo.

En realidad, la reforma de esta materia operada por la Ley Orgánica 1/2015 obedece a intentar solucionar esa inutilidad de la regulación vigente hasta la fecha, para atajar los supuestos más graves de fraude deportivo, buscando expulsar al tramposo del escenario deportivo, como dice IVARS, pero sin justificar el motivo³⁸. Y ello porque

³⁴ www.univision.com Junio 2015.

³⁵ CARUSO FONTÁN, M.V. Foro Nueva Época, núm. 9/2009, p. 172.

³⁶ GILI PASCUAL, A. Revista de Derecho Penal y Criminología. Nº 8. Julio, 2012, pp. 61 y CASTRO MORENO, A., en: Memento Experto, 2010, pp. 310.

³⁷ ANARTE BORRALLA, E. y ROMERO SÁNCHEZ, C. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2012, pp. 20:21.

³⁸ IBARS VELASCO, D. en: Comentario a la Reforma Penal de 2015, 2015, p. 584.

entienden la mayoría de los autores que el deporte carece de suficiente legitimación material y sustantividad propia, como para justificar una tipificación específica y un trato diferenciado. La protección del deporte y de lo que representa, no debería conllevar una reforma ni una pena distinta de otros ámbitos de actividades humanas igual de valiosas para la sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

- ANARTE BORRALLO, E. y ROMERO SÁNCHEZ, C. El delito de corrupción deportiva. Aspectos metodológicos, dogmáticos y político-criminales. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2012. Pp. 20:1- 20:58.
- BARRENA CRESPO, L. El delito de corrupción deportiva. www.iusport.com. San Sebastián, 2103. Pp. 2 y 3.
- CARUSO FONTÁN, M.V. El concepto de corrupción. Su evolución hacia un nuevo delito de fraude en el deporte como forma de corrupción en el sector privado. Foro Nueva Época, núm. 9/2009. Pp. 145-172.
- CASTRO MORENO, A. Corrupción en el deporte. Comentarios a la Reforma Penal de 2010. Obra colectiva. Tirant lo Blanch. Valencia, 2010, pp. 331-337.
- CASTRO MORENO, A. Corrupción entre particulares. Memento Experto Reforma Penal. Obra colectiva. Francis Lefebvre. Madrid, 2010, pp. 291-312.
- GILI PASCUAL, A. La tipificación penal del fraude en competiciones deportivas. Problemas técnicos y aplicativos. Revista de Derecho Penal y Criminología. Nº 8. Julio, 2012, pp. 13-70.
- IBARS VELASCO, D. Corrupción en el deporte. Comentario a la Reforma Penal de 2015. Obra colectiva. Aranzadi. Pamplona, 2015, pp. 577-584.
- MALEM, J. La corrupción en el deporte. Fair Play, Revista de Filosofía, Ética y Derecho del Deporte. www.upf.edu/revistafairplay Barcelona, 2014, pp. 105-121.
- www.univision.com Junio 2015

* * * * *

M^a Teresa Pedrós Torrecilla

Fiscal Sustituta. Murcia. Socia FICP.

~Incumplimiento de las obligaciones derivadas de la suspensión y sustitución de las penas (artículo 83 del CP)~

Resumen.- La concesión de la suspensión de las penas privativas de libertad y de la sustitución de la pena de prisión puede ir acompañada de la imposición o de la asunción por parte del condenado de determinadas obligaciones o derechos previstos en el artículo 83.1 del Código Penal. Los delitos relacionados con la violencia de género tienen un tratamiento especial previsto en el último párrafo del artículo 83.1 y también en el último párrafo del artículo 88.1. Las consecuencias del incumplimiento de estas reglas de conducta, cuando se ha concedido la suspensión, se encuentra en el apartado segundo del artículo 84 y en el tercero si se hubieran impuesto al condenado por delitos relacionados con la violencia de género. El incumplimiento de estas reglas de conducta, impuestas junto con la sustitución de la pena de prisión, carece de previsión legal.

Palabras clave.- Suspensión, sustitución, incumplimiento, revocación, remisión.

INTRODUCCIÓN

La concesión de los beneficios de suspensión de las penas privativas de libertad y de sustitución de la pena de prisión, puede venir condicionada o puede ir acompañada, de la exigencia de cumplimiento de determinadas obligaciones o deberes, que en caso de no ser cumplidas llevan aparejadas consecuencias de variada índole para el penado.

La previsión legal de esta materia, la encontramos en el Capítulo III, Título III del Libro I del Código Penal, bajo la rúbrica “De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad”. Este Capítulo se ocupa, en su sección primera “De la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad”, en la segunda “De la sustitución de las penas privativas de libertad”, y en la tercera “De la libertad condicional”. Este Capítulo, a través de las sucesivas reformas que ha experimentado el Código Penal, ha sufrido algunos cambios, el último a través de la Ley Orgánica 5/2010, aunque es con la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, (BOE Nº 77 de 31 de marzo de 2015), con la que se acomete una profunda revisión de esta regulación, que no entrará en vigor hasta el día 1 de julio de 2015, versando el presente estudio sobre el texto actualmente en vigor.

En los artículos 80 a 86 del vigente texto legal se regula la denominada suspensión ordinaria, que se distingue de la suspensión prevista en el artículo 87, aplicable al penado que ha cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias mencionada en el artículo 20.2. Esta última suspensión se incluye dentro de la denominada por un sector de la Doctrina “suspensión extraordinaria”, al igual que la

prevista en el artículo 80.4, y otras previstas en otros textos legales a las que no nos vamos a referir por no ir acompañadas de algunos de las obligaciones o deberes mencionados en el artículo 83.1 del Código Penal.

Estas instituciones tienen como fin, que el sujeto condenado a penas de corta duración no ingrese en prisión. Su justificación se encuentra en el hecho, aceptado por la Doctrina, de que las penas privativas de libertad de corta duración, producen efectos criminógenos no deseables en los reos no habituales, sin lograr conseguir tampoco, los perseguidos efectos de resocialización y de reinserción de la pena, previstos en nuestra Constitución Española en su artículo 25.

I. SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

1. Obligaciones y deberes que pueden acompañar a la suspensión ordinaria

Las condiciones que necesariamente deben concurrir para que el Juez o Tribunal pueda acordar esta suspensión se encuentran en el artículo 81 del Código Penal. La primera condición exige que el condenado sea delincuente primario, la segunda que la pena o penas impuestas o la suma de las impuestas, no sea superior a dos años, centrándose nuestro estudio en la tercera, pues esta condición puede llevar aparejada la asunción por parte del condenado de la obligación pago. Además, siguiendo el contenido del artículo 83, esta suspensión también exige necesariamente que el penado no delinca durante el periodo de suspensión, admitiéndose la posibilidad de que se pueda condicionar la suspensión al cumplimiento de una serie de obligaciones y deberes que fija a continuación.

a) Obligaciones derivadas a la responsabilidad civil

La suspensión ordinaria precisa entre otras condiciones, según el mencionado artículo 81.3, que “Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado, salvo que el Juez o Tribunal sentenciador, después de oír a los interesados y al Ministerio Fiscal, declare la imposibilidad total o parcial de que el condenado haga frente a las mismas”.

Con esta condición pretende, sobre todo, proporcionar a la víctima una efectiva protección. Esto se consigue con el cumplimiento de la responsabilidad civil que ha originado el ilícito penal, ya sea el propio condenado el que cumple con esta obligación, ya lo hagan otros responsables civiles, directos o subsidiarios, incluso cuando el

cumplimiento proceda de terceros que no tengan vinculación alguna con el delito por el que el reo ha sido condenado. En el caso de ser varios los sujetos civilmente responsables, se entiende cumplida esta obligación, cuando cualquiera de ellos la hubiera satisfecho, pues el artículo 81.3 no exige que el condenado que pretenda valerse de este beneficio sea el que haya hecho efectivo el abono de la responsabilidad civil. Además compartiendo la posición mantenida por Pozas Cisneros, 1999, p. 255, la obligación se entenderá también cumplida cuando se haya abonado la responsabilidad, tanto de forma voluntaria, como cuando haya sido necesario acudir a la vía de apremio.

También se tiene por cumplida esta obligación, porque así lo establece el propio artículo 81.3, cuando después de oírse a los interesados y al Ministerio Fiscal, se declare que es imposible total o parcialmente que el condenado haga frente a las mismas. Una de las conclusiones del Seminario sobre ejecución penal, organizado por el Consejo General del Poder Judicial en el año 2014, se refiere a la necesidad de una declaración formal, distinta a la declaración de insolvencia, ya que una persona puede ser declarada insolvente contando con bienes conforme a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Esta imposibilidad de pago exige un pronunciamiento que va más allá de la insolvencia, que además conlleva oír a las partes sobre esta cuestión. En esta audiencia intervendrán tanto los responsables, como los perjudicados, aunque no estén personados, y también el Ministerio Fiscal. Cabe que esa audiencia vaya acompañada de prueba, en el caso de que alguno de los sujetos intervinientes lo solicitara. Pese a todo ello, el órgano sentenciador no está vinculado por las alegaciones vertidas por todos estos intervinientes en dicha audiencia.

Ante la falta de previsión legal, en cuanto a la forma de realizar esta comparecencia, la misma puede llevarse a cabo por escrito, siendo también posible que se celebre a través de una comparecencia, práctica realizada por dos Juzgados de Murcia, concretamente los Juzgados de lo Penal nº 2 y 3 de Cartagena (esta iniciativa mereció el premio a la Calidad de la Justicia 2013 otorgada por el Consejo General del Poder Judicial), en los que de forma sistemática se celebran sesiones de ejecución, y así, en una sola vista se resuelve no solo sobre las cuestiones relacionadas con la responsabilidad civil y la suspensión, sino sobre cualquier otra cuestión que puede suscitar la aplicación tanto de la suspensión como de la sustitución de la ejecución de la pena. Las ventajas que se consiguen con la celebración de esta vista recaen no solo sobre la víctima, que con mayor celeridad puede asegurarse la satisfacción de los

perjuicios sufridos, sino también sobre el propio condenado, pues es muy frecuente que este no pueda de forma inmediata o en un breve periodo de tiempo hacer efectivo su importe, circunstancia que pondrá de manifiesto en esta comparecencia, lo que permitirá, con audiencia del perjudicado, fijar un “plan de pagos”. El fraccionamiento de las responsabilidades pecuniarias es posible siguiendo el artículo 125 del Código Penal. De este modo, con un solo trámite, se consigue a través de esta vista, que el condenado pueda asumir la obligación de cumplir ese “plan de pagos”, consiguiendo que el órgano jurisdiccional tenga por cumplida la tercera de las condiciones previstas en el artículo 81, pudiendo disfrutar de la suspensión de la pena, sin tener totalmente cumplida la responsabilidad civil a la que fue condenado, y sin necesidad de esperar a que finalice el programa de pagos aprobado.

La asunción de esta obligación encuentra su apoyo legal en el artículo 83.1.6ª del CP, siempre y cuando la pena suspendida sea la de prisión, pues entre las obligaciones que se pueden imponer al condenado se encuentra la de “Cumplir los demás deberes que el juez o tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del condenado, previa conformidad de este, siempre que no atenten contra su dignidad como persona”. Además, no debe olvidarse que la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal adopta una postura muy similar en su artículo 801.3, prevista para el caso de dictarse una sentencia de conformidad siguiendo los tramites de los juicios rápidos.

Para el caso de que el condenado no acuda a la comparecencia, o no presenta alegaciones escritas en el trámite de audiencia que se le confiere, se tendrá por cumplido dicho trámite, pudiendo el órgano jurisdiccional resolver a la vista de las alegaciones vertidas por el resto de sujetos, sin que estas alegaciones tengan carácter vinculante.

b) Obligaciones y deberes derivados del artículo 83.1

Siguiendo con el mismo artículo 83.1, y solo para el caso de que la pena que se suspenda sea la de prisión, se prevé la posibilidad de que el Juez o Tribunal pueda imponer alguna o algunas de las obligaciones o deberes que se recogen a continuación. Con estas reglas de conducta se persigue la recuperación social del condenado, esto es, que el condenado no vuelva a delinquir, principal obligación que se le impone, cuando pretende beneficiarse de la suspensión.

En este momento, no se persigue dar protección a la víctima, pese a que el contenido de algunas de estas obligaciones o deberes esté muy próximo a algunas de las

penas, que como limitativas de derechos se incluyen en el artículo 39 del Código Penal. Atendiendo por tanto al fin perseguido, su imposición debe estar directamente relacionada con el delito cometido, y además debe ser proporcional al ilícito penal por el que el sujeto ha sido condenado (POZAS CISNEROS, 1999, p. 268). La posibilidad de imponer alguna de estas obligaciones o derechos existe, aun cuando ni el Fiscal, ni la acusación particular las hubieran solicitado. En algunos supuestos su imposición puede estar condicionada a la previa conformidad del penado, tal y como exige la regla 6ª del apartado primero del citado artículo 83. Y en todo caso su adopción deberá estar debidamente motivada en el auto en el que se acuerde la suspensión, con expresión del fin que se persigue.

Es necesario que se concrete el tiempo durante el que deben cumplirse estas obligaciones y deberes, sin que sea preciso que coincida con el periodo de suspensión, aunque no puede ir más allá (PUENTE SEGURA. 2009, p.88). No existe inconveniente para que durante el periodo de suspensión pueda modificarse alguna de las reglas de conducta impuestas, consiguiendo así atender en cada momento a las concretas circunstancias del penado, aunque para llevar a cabo esta modificación es necesaria la previa audiencia de las partes.

Entrando ya en las obligaciones o derechos fijados en el artículo 83.1 tenemos:

1ª) Prohibición de acudir a determinados lugares. Esta prohibición puede ser aconsejable cuando existe una vinculación entre la actividad delictiva del sujeto y un lugar determinado (ej. Los hurtos que se cometen en el metro, o los actos vandálicos realizados en los campos de fútbol). También podría resultar conveniente su imposición a condenados alcohólicos o drogodependientes ya rehabilitados o en proceso de deshabitación, a ludópatas, y a maltratadores. En estos casos la dificultad se presenta a la hora de controlar su cumplimiento, sobre todo en las grandes ciudades.

2ª) Prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, o de comunicarse con ellos. Plenamente coincidente con la pena limitativa de derechos prevista en el artículo 39 apartado g). Esta medida resulta de gran utilidad en casos de malos tratos o de delitos contra la libertad sexual de escasa gravedad. Su control queda en las manos de la propia víctima.

3ª) Prohibición de ausentarse sin autorización del Juez o Tribunal del lugar donde resida. Por la forma en la que aparece redactada esta prohibición, tendría cabida en la

misma, tanto la prohibición de ausentarse de la vivienda en la que el condenado viva, como de la población en la que se encuentra su residencia. Ello exige, que en el auto en el que se acuerde esta obligación, se fije con toda claridad y motivadamente que debe entenderse por “lugar donde resida”. El control de esta medida procederá de las visitas que aleatoriamente realicen las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

4ª) Comparecer personalmente ante el Juez o Tribunal, o servicio de la Administración que éstos señalen, para informar de sus actividades y justificarlas. Esta obligación puede ser un complemento de la prohibición prevista en el apartado 3º, permitiendo de este modo comprobar que efectivamente el sujeto se encuentra en el lugar donde reside.

5ª) Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual de defensa del medio ambiente, de protección de los animales y otros similares. La participación se hará atendiendo a la naturaleza del delito por el que el sujeto ha sido condenado, y a las posibilidades concretas que existen de que el condenado realice estos programas, al lugar donde se realiza el programa, a la distancia entre ese lugar y el de residencia del sujeto que debe realizarlo, a las posibilidades que tiene de desplazarse, a sus obligaciones laborales y también familiares. En estos supuestos el control del cumplimiento de esta obligación vendría de los responsables de estos programas, quienes deberán dar cuenta de su seguimiento al órgano judicial que la hubiera impuesto.

Pese a reconocer que son pocas las iniciativas privadas y también públicas destinadas a llenar de contenido la participación en estos programas, si debe mencionarse la seguida por la Audiencia Provincial de Alicante, en la que a través de la denominada “Oficina de medidas alternativas a la prisión”, y coordinada por el Presidente de la Audiencia Provincial, se ofrece, desde hace más de diez años, alternativas a las penas de prisión impuestas por la comisión de delitos contra la violencia de género y contra la seguridad vial. Así, para los condenados por delitos imprudentes, se prevé la participación en actividades de carácter asistencial en torno a las víctimas que como consecuencia de accidentes de circulación han sufrido una discapacidad. (HERNÁNDEZ RAMOS, 2007, p.4).

6ª) Cumplir los demás deberes que el Juez o Tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona. Con esta regla, se puede imponer al condenado el

cumplimiento de obligaciones y deberes que sin estar previstos en los anteriores apartados, puedan cumplir con la finalidad de prevención especial, atendiendo por tanto a las concretas circunstancias que concurran en el penado. Para estos casos se requiere que el sujeto acepte su imposición, y como no podría ser de otro modo, también se requiere que no atenten contra su dignidad, exigencia que por su obviedad, no sería necesaria que se hiciera expresa mención.

Atendiendo al apartado segundo del artículo 83, el control último de estas medidas recae sobre el Juez o Tribunal sentenciador, quien recibirá trimestralmente informes de los servicios de la Administración sobre los que recaiga la obligación de observar alguna de estas reglas de conducta, sin olvidar que en otras ocasiones la información sobre el cumplimiento o no de estas medidas pueden venir de la propia víctima o de su entorno.

Estas obligaciones o derechos no se impondrán imperativamente por el Juez o Tribunal al estar prevista su aplicación con carácter facultativo, lo que supone a nivel práctico una escasa imposición de las mismas. En su escasa aplicación práctica influye, los escasos beneficios que por esta vía consigue el condenado, al menos si se trata de alguna de la reglas de conductas previstas en los cuatro primeros supuestos. Los beneficios de las medidas previstas en los dos últimos apartados pueden venir, desde el punto de vista de la prevención especial, aunque los inconvenientes vienen de la mano de las dificultades que plantea su ejecución. La aplicación de alguna de estas obligaciones y derechos deberá seguirse conforme a lo dispuesto en el Real Decreto 840/2011, de 17 de junio, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y sustitución de penas.

c) Especial tratamiento de las obligaciones impuestas en los delitos relacionados con la violencia de género

Nos vamos a centrar en las circunstancias que conlleva este tratamiento especial, sin detenernos en los problemas prácticos que se suscitan cada vez que el legislador en lugar de concretar “los delitos relacionados con la violencia de género”, acude a esta genérica expresión, pese a que no se dispone de una definición cerrada de los delitos que la integran.

En el último párrafo del artículo 83.1.6ª se dice, “Si se tratara de delitos relacionados con la violencia de género, el Juez o Tribunal condicionara en *todo caso* la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1ª, 2ª y 5ª de este apartado”. Varias alternativas nos plantea la aplicación imperativa que prevé ese precepto, Al referirse a “en todo caso”. Partiendo que el artículo 83.1 prevé la posibilidad de imponer alguna de las obligaciones o derechos que relaciona, en el caso de que al condenado se le hubiera impuesto la pena de prisión, cabe plantearse si en este supuesto especial, ese “en todo caso” supone que también pueden imponerse esas reglas cuando se le hubiera impuesto otras penas privativas de libertad distintas de la prisión. Siguiendo el mismo criterio que PUENTE SEGURA, 2009, p.94, se opta por la primera alternativa, aunque el artículo 84.3 puede plantear algunas dudas al respecto. Por otro lado, la mención que se realiza de diversas reglas de conducta, no supone que deban imponerse todas ellas, ya que es posible aplicar solo alguna o algunas de ellas.

Los delitos relacionados con la violencia de género van acompañados en todo caso como pena accesoria, de la prevista en el apartado 2º del artículo 48, tal y como dispone el artículo 57.2 del Código Penal, esto es de la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal. Esta pena puede coincidir con el contenido de alguna de las reglas 1ª y 2ª del artículo 83.1, y a diferencia de lo que ocurre con la sustitución, la suspensión no contiene impedimento legal, para imponer al condenado, alguna de estas obligaciones o deberes, teniendo en cuenta que su duración no tiene porqué coincidir con la duración de las penas accesorias impuestas. Tampoco resulta un obstáculo insalvable, las consecuencias que pueden derivarse de su incumplimiento, pues pese a que, por un lado supondría la comisión de un delito de quebrantamiento y por otro generaría la revocación de la suspensión, por el incumplimiento de la regla de conducta impuesta, resulta significativo que la revocación de la suspensión se produciría siempre, aunque no se hubiera impuesto alguna de estas reglas de conducta, al haberse incumplido la obligación de no delinquir durante el periodo de suspensión. No obstante y para evitar que un mismo hecho produzca dos consecuencias distintas, lo más apropiado sería que el órgano jurisdiccional competente para resolver sobre la revocación de la suspensión, esperara el resultado del procedimiento penal incoado por el quebrantamiento de condena, pues resulta difícil de concebir, que dictada una sentencia absolutoria, por no

entender incumplida la pena accesoria de idéntico contenido al de una de las reglas de conducta impuestas, pudiera llevar consigo la revocación de la suspensión.

2. Consecuencias de la suspensión

a) *Cumplimiento: la remisión de la pena*

Si el sujeto cumple las obligaciones durante el plazo de suspensión, el aplazamiento temporal y condicionado de la ejecución de la pena se convierte en definitivo, acordando el Juez o Tribunal a través de auto, la remisión de la pena según dispone el apartado segundo del artículo 85, llevando ello consigo la extinción de la responsabilidad criminal del penado, tal y como prevé el artículo 130.3º del Código Penal. Sin embargo no debe de olvidarse que la suspensión puede ser revocada, incluso después de dictado dicho auto, si se acreditada la comisión de un nuevo hecho delictivo durante el periodo de suspensión y antes de que la pena cuya ejecución fue suspendida hubiera prescrito.

b) *Incumplimiento: la revocación y otras consecuencias*

El incumplimiento de las obligaciones impuestas o asumidas por el condenado tiene diversas consecuencias.

a) Incumplimiento de la obligación de no delinquir durante el periodo de suspensión. Lleva consigo la más grave de las consecuencias previstas en nuestro Código Penal, y se encuentra en el párrafo primero del artículo 84 del Código Penal, en el que se dice: “el Juez o Tribunal revocará la suspensión de la ejecución de la pena”.

Se entiende que el sujeto ha delinquido, cuando ha cometido una infracción penal constitutiva de delito y no de falta, exigiéndose que se trate de un delito doloso, y que la sentencia condenatoria dictada haya adquirido firmeza. El delito debe haberse cometido dentro del periodo de suspensión, viniendo ello determinado por la fecha de comisión del delito y no por la fecha en la que se dictó la sentencia. Por tanto, cometido en el periodo de suspensión un delito y revocada la suspensión acordada, procede el cumplimiento de la pena cuya ejecución se hubiera suspendido, además de la pena impuesta por el nuevo delito.

b) Incumplimiento de las reglas de conducta 1º, 2º y 5ª impuesta en delitos relacionados con la violencia de género. Necesariamente lleva consigo la revocación de la pena de prisión suspendida, conforme establece el artículo 84.3. Si se hubieran

incumplido alguna otra de las reglas previstas en el artículo 83.1 pero distintas de las acabadas de citar, ante la falta de previsión del legislador, deberá atenderse al contenido de la regla de conducta infringida, y si esta coincidiera con alguna pena accesoria impuesta, el dictado de la sentencia condenatoria firme por el delito de quebrantamiento de condena, llevará consigo la revocación de la ejecución de la pena suspendida por haberse cometido un delito dentro del periodo de suspensión. Para el caso que el contenido de de la obligación o deber impuesto no coincidiera con el de la pena accesoria impuesta, su incumplimiento conllevará la aplicación de la regla general prevista para el incumplimiento de esas reglas de conducta, a la que nos vamos a referir a continuación.

c) Incumplimiento de las obligaciones o deberes impuestos al condenado por la comisión de cualesquiera otros delitos, distintos de los relacionados con la violencia de género. Siguiendo el párrafo primero del artículo 84 varias son las consecuencias previstas, siendo distinta su gravedad, pudiendo optar el Juez o Tribunal previa audiencia de las partes, por:

- Sustituir la regla de conducta impuesta por otra distinta. Esta opción es aconsejable si se trata de las reglas 5ª y 6ª. Así se permite que el órgano jurisdiccional sustituya la obligación o deber incumplido por otro que conlleve una finalidad semejante a la que se perseguía con la regla de conducta incumplida.
- Prorrogar el plazo de suspensión, que en ningún caso puede exceder de cinco años. Esta consecuencia resulta aplicable cuando se incumplan los deberes incluidos en los números 1ª, 2ª, 3ª y 4ª. En estos supuestos es difícil sustituir la medida impuesta y no cumplida por otra que persiga la misma finalidad, por ello lo más conveniente es el mantenimiento de la regla de conducta incumplida incrementando su duración.
- Revocar la suspensión de la ejecución de la pena, si el incumplimiento fuera reiterado. Esta grave consecuencia viene condicionada por un incumplimiento reiterado. La exigencia de la reiteración evidencia que ya no es posible alcanzar el fin que pretendía con la regla de conducta impuesta, por lo que ante esa situación no cabe más que la revocación de la suspensión.

c) *Suspensión por delitos cometidos a causa de la dependencia a determinadas sustancias*

Esta suspensión tiene una específica regulación, lo que ha llevado a un sector de la Doctrina a calificarla, tal y como ya se ha dicho, como suspensión extraordinaria. Esta regulación se encuentra en el artículo 87 del Código Penal. En este precepto no está previsto que el Juez o Tribunal pueda imponer al penado, alguna de las obligaciones y deberes incluidas en el artículo 83.1. Pese a ello tampoco existen obstáculos para su imposición, siempre y cuando ello fuera expresamente aceptado por el reo y no fuera contrario a la dignidad de la persona. De este modo, en el caso de que el condenado no hubiera satisfecho la responsabilidad civil, condición que sí debe cumplirse en esta suspensión extraordinaria, se permitiría, al igual que en suspensión ordinaria, que aquel asumiera la obligación de satisfacer los plazos según el “plan de pagos” fijado, lo que requeriría la previa audiencia de las partes, llevando esto consigo el cumplimiento de la condición tercera del artículo 81. Con ello se consigue que el condenado pueda beneficiarse de la suspensión solicitada, y también que la víctima, pueda ver satisfecha la responsabilidad civil que en su favor le hubiera reconocido el Juez o Tribunal sentenciador.

Sí se exige expresamente, entre las condiciones que debe cumplir el penado, su deshabituación del consumo de las sustancias mencionadas en el artículo 20.2 del Código Penal, o bien estar sometido a tratamiento para tal fin. En la práctica, es frecuente que el condenado formule esta petición cuando todavía no ha iniciado este tratamiento, aportando documentación en la que consta la existencia de un Centro en el que se practica este tipo de tratamiento, y en el que ya tiene reserva para su ingreso, o en el que conste la disposición del Centro para aceptar dicho ingreso, unido todo ello al compromiso del penado a someterse a su tratamiento. Ante esta circunstancia, el condenado asume una obligación, la de someterse a tratamiento, obligación cuyo cumplimiento puede ser exigido por el órgano jurisdiccional por vía del artículo 83.1 6ª, al contar con la conformidad del penado y por no afectar a su dignidad.

Al condenado también se le puede imponer otra obligación, tanto cuando no ha llegado a iniciar el tratamiento, como cuando este haya dado comienzo, pues según el apartado 4 del artículo 87 cuando “el condenado se halle sometido a tratamiento de deshabituación, también se condicionara la suspensión de la ejecución de la pena a que no abandone el tratamiento hasta su finalización”, estableciéndose la obligación del

Centro o Servicio responsable del tratamiento, de remitir en los plazos que el Juez o Tribunal señale, la información precisa para comprobar el comienzo de aquel, así como para conocer periódicamente su evolución. Al órgano jurisdiccional no le corresponde fijar la duración del tratamiento, pero si fijar la periodicidad en la que deberán remitirle sus informes los citados, centros o servicios a través de los cuales se recibe dicho tratamiento, todo ello sin perjuicio de que ante cualquier circunstancia extraordinaria, también se comunique de modo inmediato al Juzgado o Tribunal.

Además, y como en la suspensión ordinaria, el penado está obligado a no delinquir.

Tal y como se ha adelantado, pese a que no se dice expresamente, puesto que la relación existente entre la suspensión ordinaria y la suspensión prevista en el artículo 87 es de especialidad, a esta le son aplicables las normas establecidas en la institución general, pudiéndose por tanto imponer a esta suspensión extraordinaria alguno de los deberes o reglas de conducta previstas en el artículo 83 cuando la pena suspendida fuera la de prisión. Lo mismo ocurrirá cuando el penado hubiera sido condenado a pena de prisión por un delito relacionado con la violencia de género, y se hubiera cometido a causa de la dependencia del condenado a las sustancias mencionadas en el artículo 20.2 del CP, en tal caso se impondrán las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1ª, 2ª y 5ª del art. 83.1. Especialmente beneficiosos para el reo adicto al consumo de las referidas sustancias resultaría imponerle la obligación de acudir a determinados lugares, esto es allí donde pudiera adquirir ese tipo de sustancias.

3. Consecuencias

a) Cumplimiento: la remisión de la pena

Cumplida la obligación de no delinquir y acreditada la deshabitación o la continuidad del tratamiento, procede la remisión de la pena según dispone el artículo 87.5.

b) Incumplimiento: la revocación y otras consecuencias

El incumplimiento de las obligaciones impuestas o asumidas por el condenado lleva consigo diversas consecuencias.

- 1) Incumplimiento de la obligación de no delinquir y de no abandonar el programa de deshabituación. Según el apartado quinto del artículo 87 llevara consigo la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena.

Cuando el delito cometido durante el periodo de suspensión, hubiera sido también perpetrado “a causa de la dependencia al consumo de las sustancias contempladas en el artículo 20.2 del CP”, esa nueva pena, al menos en términos teóricos, podría no ser ejecutada si nuevamente concurrieran en el penado los requisitos establecidos en el artículo 87 del CP. No sería obstáculo para la concesión de la suspensión del artículo 87, que ya se hubiera acordado una suspensión anterior aplicando el mismo precepto, sin embargo, cuando la segunda condena determine la revocación de la suspensión de la primera y, en consecuencia, el cumplimiento efectivo de ésta, dejaría de tener sentido alguno pretender que la segunda condena, la correspondiente al delito cometido durante el período de suspensión de la primera, pudiera ser, a su vez, suspendida.

En cuanto al abandono del programa de deshabituación debe ser entendido como la decisión voluntaria y sostenida de no continuarlo y no como la objetiva y puntual desatención de cualquiera de sus prescripciones.

- 2) Cumplida la obligación de no delinquir por un sujeto que no hubiera conseguido deshabituarse o que no hubiera continuado con el tratamiento. Se ordenará su cumplimiento según el último párrafo del artículo 87, salvo que, oídos los informes correspondientes, estime necesaria la continuación del tratamiento; en tal caso, podrá conceder razonadamente una prórroga del plazo de suspensión por tiempo no superior a dos años. Esta decisión recae sobre al órgano jurisdiccional, que tendrá en cuenta si no se ha conseguido el propósito de deshabituación por una interrupción voluntaria del sujeto, en cuyo caso no procede la concesión de esta prórroga
- 3) Incumplimiento de las obligaciones y deberes impuestos en delitos relacionados con la violencia de género. Siguiendo el artículo 84.4, producirán la revocación de la ejecución por aplicación del mismo precepto previsto para la suspensión ordinaria.

- 4) Incumplimiento de las obligaciones o deberes previstos en el artículo 83.1 impuestos al condenado por delitos distintos a los de violencia de género. Sera de aplicación el artículo 84.2, siguiendo también en este caso las mismas reglas que hemos visto para la suspensión ordinaria.

II. SUSTITUCIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN

1. Obligaciones y deberes que pueden acompañar a la sustitución

Estas obligaciones y deberes solo tienen cabida en la sustitución prevista en el artículo 88 del Código Penal, pues estas reglas de conducta no pueden imponerse al condenado a pena de prisión inferior a tres, años al que le será de aplicación la sustitución obligatoria contemplada en el artículo 71.2.

Según el artículo 88, la sustitución de la pena puede ir acompañada por alguno de los deberes o de las obligaciones mencionadas en el artículo 83 del Código Penal. A diferencia de lo que ocurre con la suspensión, la imposición de estas obligaciones o deberes exige que no se hubieran impuesto al condenado como pena.

Se realiza por el legislador una remisión sin más a las obligaciones y deberes del artículo 83, lo que nos lleva lo ya expuesto cuando se trató la suspensión, añadiendo únicamente que pese a que la sustitución de la pena de prisión no conlleva la obligación de no delinquir, sí cabe introducir esta obligación también en la sustitución, a través de la regla de conducta prevista en el apartado 6º del artículo 83.1, siempre que sea aceptada por el penado, al concurrir también el requisito de no ser contrario a la dignidad de la persona.

a) Especial tratamiento de las obligaciones impuestas en los delitos relacionados con la violencia de género

Esta especialidad se encuentra en el último párrafo del apartado primero del artículo 88. Así la sustitución, en todo, irá acompañada de la participación en programas especiales de reeducación y tratamiento, y de la observancia de las obligaciones y deberes previstos en las reglas 1ª y 2ª del apartado primero del artículo 83. Resulta significativo que con este tratamiento especial, las reglas de conducta previstas en los apartados 1º y 2º del artículo 83.1, ya habrán sido impuestos en la sentencia como penas, pese a ello también se impondrán al condenado cuya pena se sustituye por disponerlo expresamente el mencionado artículo 88.1 en su último párrafo.

2. Consecuencias de la sustitución

a) *El incumplimiento: ejecución de la pena sustituida*

- 1) Incumplimiento total o parcial de la pena sustitutiva. Si se produce el incumplimiento total de la pena sustituida, deberá ejecutarse la pena de prisión inicialmente impuesta, siguiendo el contenido del artículo 88.2.

Si el incumplimiento de la pena sustitutiva es parcial, se ejecutará la pena de prisión sustituida, con aplicación del módulo de conversión en términos inversos, a fin de determinar la prisión que resta por cumplir.

En cualquiera de ambos casos si el incumplimiento se produce por el impago total o parcial de la pena de multa varias son las alternativas ante ese impago. Para un sector de la Doctrina, su impago y sin necesidad de acudir a la vía de aprecio, conduciría a la ejecución de la pena de prisión sustituida, y ello al entender que cuando se produce el impago, ya sea imputable o no al reo, procede retornar a la pena de prisión sustituida. Para otros, la pena sustituida es una pena ordinaria, simple, como cualquier otra pena, y por lo tanto, su régimen de ejecución, salvo en aquellos aspectos expresamente exceptuados por el artículo 88 del CP, no debe ser en nada distinto al que le correspondería si hubiera sido impuesta directamente en la propia sentencia, en lugar de actuar como pena sustitutiva. Así compartiendo esta última posición, ante el impago de la pena de multa, procederá iniciarse la vía de apremio contra el patrimonio del penado. Así pues, solo deberla llegarse a la ejecución de la pena de prisión sustituida cuando no se hubiera hecho efectiva la pena de multa, bien de forma voluntaria o a través de la vía de apremio.

Cuando la pena sustitutiva sea la de trabajos en beneficio de la comunidad, si el condenado decide no iniciar o no continuar con la realización de los trabajos en beneficio de la comunidad que le hubieran impuestos como pena sustitutiva, la consecuencia será la ejecución de la pena de prisión inicialmente impuesta, ya sea en su integridad o reducida atendiendo a las jornadas de trabajo que llegó a realizar.

La vigilancia y la determinación en su caso de su incumplimiento, también cuando es pena sustitutiva recae sobre el Juzgado de Vigilancia

Penitenciaria, con sujeción en todo caso al contenido del artículo 49 del CP. Sobre este Juzgado recae la carga de valorar si la actuación del penado responde al concreto puesto de trabajo que le ha sido facilitado por la Administración penitenciaria o si, su conducta constituye una falta de voluntad o de capacidad, para colaborar al desarrollo de la ejecución de la pena. En este último caso, así como cuando el condenado manifieste de su falta de consentimiento con la continuación de la realización de esta pena, el Juez de Vigilancia deberá proceder a declarar incumplida la pena, con independencia del posible recurso de apelación ante el órgano jurisdiccional competente para la ejecución de la misma. Firme dicha resolución, deberá cumplirse la pena de prisión inicialmente impuesta.

El incumplimiento de la pena sustitutiva, ya sea la pena de multa o la de trabajos en beneficio de comunidad, pese a lo dispuesto en el artículo 49.6 último párrafo, no lleva consigo la deducción de testimonio por la posible comisión de un delito de quebrantamiento de condena. La Doctrina de forma mayoritaria considera que el artículo 88.2 del Código Penal es un precepto especial y que el incumplimiento de la pena sustituida únicamente llevara consigo el efectivo cumplimiento de la pena de prisión inicialmente impuesta, en la forma que el mismo establece.

- 2) Incumplimiento de los deberes u obligaciones previstos en el artículo 83 del Código Penal. Según hemos visto, el artículo 88.2 únicamente se ocupa del incumplimiento total o parcial de la pena sustitutiva, guardando silencio sobre el incumplimiento de las obligaciones y deberes que pueden imponerse junto con la pena sustitutiva, no existiendo por tanto sustento legal que permita que se aplique a ambas situaciones la misma consecuencia.

Por el contrario, el incumplimiento de esas obligaciones y deberes sí que esta previsto en el articulado dedicado a la suspensión, sin que tampoco sea posible su aplicación analógica. En consecuencia la falta de previsión legal del artículo 88 en caso de incumplimiento de esas reglas de conducta que pueden imponerse con la sustitución de la pena no tendrá efecto jurídico inmediato alguno, ya que al no quedar constancia de ello ni siquiera podrá tenerse en cuenta en futuras sustituciones.

III. MODIFICACIONES INTRODUCIDAS A TRAVÉS DE LA LEY ORGÁNICA 1/2015, DE 30 DE MARZO

El pasado día 31 de marzo de 2015 se publicó en el Boletín Oficial del Estado, la Ley Orgánica 1/2015, con la que se introduce una importante modificación en el Código Penal. Entre las materias afectadas por esta Ley Orgánica, se encuentra precisamente el Capítulo III del Título III del Libro I, sufriendo así los artículos 80 a 89 una profunda reforma.

Se establece un régimen único de suspensión, distinguiendo dentro del mismo la suspensión del penado aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables (nuevo artículo 80.4) y la suspensión para los penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia a las sustancias señaladas en el numeral 2º del artículo 20 (nuevo artículo 80.5). Desaparece el artículo 88 y con él la sustitución de la pena de prisión, que pasa a ser una modalidad de suspensión incluida dentro del nuevo artículo 80.3.

Sin entrar a fondo en el nuevo régimen de la suspensión, solo nos vamos a referir a las obligaciones o deberes que pueden acompañar a la suspensión, partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015. Las condiciones que necesariamente deben acompañar a la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, se recogen en la nueva redacción del artículo 80.2. Una novedad destacable es la nuevo modo de valorar el cumplimiento de la responsabilidad exigida, al entender cumplido este requisito cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer dicha responsabilidad civil. De este modo, para salvar el cumplimiento de esa condición, no será necesario acudir a las reglas de conducta del artículo 83.1, como se ha venido haciendo hasta ahora.

Se presenta como una suspensión excepcional, lo que hasta ahora era la sustitución de la ejecución de la pena de prisión, pasando esta a regularse en el nuevo artículo 80.3. En esta nueva suspensión, se exige la reparación efectiva del daño o la indemnización del perjuicio causado, también habrá de concurrir una de las medidas incluidas en los números 2º ó 3º del artículo 84, esto es del pago de una multa en la extensión que se fije por el juez o tribunal o de la realización de trabajos en beneficio de la comunidad.

Siguiendo con el nuevo artículo 83 se dice “El juez o tribunal podrá condicionar la suspensión al cumplimiento de las siguientes prohibiciones y deberes cuando ello resulte necesario para evitar el peligro de comisión de nuevos delitos”. Las prohibiciones y deberes vienen numeradas del 1 al 9. Algunas de ellas reproducen las ya existente, (la nueva regla 9ª coincide con la vigente 6ª), otras las amplían, así vemos, la nueva regla 1ª a la vigente 2ª, al introducir la prohibición de aproximarse al domicilio, lugar de trabajo o a otros lugares habitualmente frecuentados por la víctima, sus familiares u otras personas que el juez o tribunal incluya; la nueva 3ª a la vigente 3ª y 4ª, al añadir la obligación de mantener su residencia en un lugar determinado o de abandonarlo, así como con la prohibición de residir en un lugar determinado o de acudir al mismo; la nueva regla 5ª a la vigente 4ª al añadir, que la comparecencia prevista se puede realizar también en dependencias policiales; la nueva regla 6ª a la vigente regla 5ª, en esta ocasión se amplía con la participación en programas de igualdad de trato y no discriminación). También se introducen nuevas reglas de conducta, en concreto las previstas en los números 7º y 8º, desapareciendo la genérica prohibición de acudir a determinados lugares incluida en la vigente regla primera.

La crítica que se hacía a la vigente redacción del artículo 83.1 cuando se refería a “los delitos relacionados con la violencia de género” se salva con la nueva redacción del artículo 83.2, a los que de forma se le impondrán las reglas 1º, 4º y 6ª coincidentes con las reglas 1ª, 2ª y 5ª de la vigente regulación.

A través de la redacción del artículo 85, el Juez o Tribunal pueda modificar su decisión, cuando se produzca una variación de las circunstancias valoradas. A través de esta vía, y sin que esto estuviera previsto en la vigente regulación, se puede acordar el alzamiento de todas o de algunas de las prohibiciones, deberes o prestaciones impuestas, o bien su modificación o sustitución por otras menos gravosas.

Siguiendo con la nueva redacción del artículo 86, para que el juez o tribunal revoque la suspensión acordada y se ordene la ejecución de la pena suspendida es necesario que se produzca alguna de las circunstancias que se incluyen a continuación. De la lectura de su apartado a) puede concluirse que la revocación no se acordará por la comisión de cualquier delito, sino solo por la comisión del mismo delito o de la misma naturaleza, por el que el sujeto ha sido condenado. No debe olvidarse que en el artículo 80.1 para que se conceda la suspensión de las penas privativas de libertad cortas (no superiores a dos años), ha de existir una expectativa razonable de “que la ejecución de la

pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos”. Así a modo de ejemplo en el caso de que el sujeto hubiera sido condenado por la comisión de un delito contra el patrimonio a una pena 1 año de prisión, y se le hubiera concedido la suspensión de su ejecución, no verá revocada la suspensión que se le concedió si durante el periodo de suspensión hubiera sido condenado por un delito contra la seguridad vial, por conducir bajo los efectos de bebidas alcohólicas, por no entrar este tipo de delitos dentro de las expectativas que se tuvieron en cuenta cuando se concedió la suspensión.

Además en el apartado cuarto del mismo artículo, también se contempla la posibilidad de que se revoque la suspensión y se ordene el ingreso inmediato en prisión cuando resulte imprescindible para evitar el riesgo de reiteración delictiva o de huida o se persiga asegurar la protección de la víctima.

En los apartados b) y c) del artículo 86.1, exigen que el incumplimiento de las reglas de conducta previstas en el artículo 83 y las condiciones del artículo 84 sea grave y reiterado para que lleven consigo la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena. Si su incumplimiento no fuera grave o reiterado deberá acudir al apartado segundo del mismo artículo 84, en el que se incluye la posibilidad de imponer al penado nuevas prohibiciones, deberes o condiciones, o modificar las ya impuestas, estando también prevista la posibilidad de prorrogar el plazo de suspensión.

Por último para que se acuerde la remisión de la pena, atendiendo al contenido del artículo 87 es preciso que no se haya cometido no cualquier delito sino un delito “que ponga de manifiesto que la expectativa adoptada ya no puede ser mantenida, y cumplidas de forma suficiente las reglas de conducta fijadas por el juez o tribunal”. Vemos por tanto una vez más que pese a la comisión de algún delito durante el periodo de suspensión, puede el condenado conseguir la remisión de la pena suspendida, cuando ese delito este fuera de las expectativas de no cometer los delitos que tuvo en cuenta el juez o tribunal cuando se acordó la suspensión.

En el segundo de los apartados del mismo precepto, y referido a la suspensión concedida al condenado por la comisión de un delito a causa de su dependencia a las sustancias señaladas en el artículo 20.2, para conseguir la remisión de la pena se le exige que acredite que esta deshabitado o que continua el tratamiento. En el caso de que los informes aportados pongan de manifiesto que no se ha producido la deshabitación o no se ha continuado con el tratamiento deberá acordarse el

cumplimiento de la pena suspendida salvo que se estime necesario continuar con el tratamiento, fijándose en tal caso una prórroga del plazo de suspensión con el límite previsto el mismo.

BIBLIOGRAFÍA

- PUENTE SEGURA, L. Suspensión y sustitución de las penas. La Ley-Actualidad. 2009.
- TENA ARAGON, M.F. Conclusiones ejecución penal. Problemas relacionados con la suspensión y sustitución. Especial referencia a los trabajos en beneficio de la comunidad. Conclusiones de Seminarios. CGPJ. 2014.
- TENA ARAGON, M.F. Suspensión y sustitución de penas en delitos de violencia de género. En: Violencia de género como fenómeno criminal específico. Especial referencia a los programas de tratamiento de delincuentes sexuales y de violencia de género. Cuadernos Digitales de Formación nº 14. 2010.
- HERNÁNDEZ RAMOS, C. Implantación en las Audiencias Provinciales de las oficinas de medidas alternativas a la prisión. En: “Aspectos procesales y sustantivos de la ley orgánica 1/2004. Cuadernos de derecho judicial. CGPJ. I/2007.
- MAGRO SERVET, V. Protocolo para la aplicación de programas formativos de carácter reeducativo para maltratadores en aplicación de las medidas de suspensión de la ejecución de la pena. En: Violencia de género como fenómeno criminal específico. Especial referencia a los programas de tratamiento de delincuentes sexuales y de violencia de género. Cuadernos Digitales de Formación nº 14 CGPJ. 2010.
- POZAS CISNEROS, M. Suspensión, sustitución y libertad condicional: Estudio teórico-práctico de los arts. 80 a 94 del Código Penal. En: Problemas específicos de la aplicación del Código penal. Manuales de Formación Continuada nº 4. CGPJ. 1999.

* * * * *

Pedro Ros Alcaraz

Abogado en Nova Jurídica, S.L., Cartagena, España. Socio FICP.

~La difusión no consentida de imágenes por “whatsapp”~

Resumen.- Se aborda en este artículo una serie de conductas que afloran habitualmente fruto del abrumante uso de las nuevas tecnologías y medios de comunicación, centrándonos en delitos relacionados con la vulneración del derecho al honor e intimidad personal, por la difusión no consentida de imágenes captadas en privado, básicamente por la vía de WhatsApp, aunque también a través de otras redes sociales y medios de comunicación social. Planteamos los problemas de integración y lagunas existentes hasta la reforma que los artículos 197 y siguientes del Código Penal tras la reforma operada mediante la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, así como los problemas que se plantean con otras conductas delictivas en las que no se ha aprovechado dicha reforma para atajarlas con mayor rotundidad.

Palabras clave.- intimidad personal, consentimiento, WhatsApp, redes sociales, delitos tecnológicos.

I. INTRODUCCIÓN

No cabe duda que la sociedad actual está inmersa en una revolución tecnológica que avanza con gran celeridad y que los dispositivos tradicionales de captación o reproducción de imágenes, como han sido las cámaras fotográficas, cada vez se alejan del uso particular en beneficio de los más profesionales o aficionados, de tal forma que la mayoría de los equipos electrónicos más utilizados son teléfonos móviles (Smartphone), tablets, portátiles y similares.

Desde luego, los que ganan la partida son los múltiples y cada vez más avanzados smartphones, con una cuota sólo en España de 34.4 millones de personas que cuentan con un móvil activo y una cifra de 88.2% de españoles que usan dispositivos electrónicos móviles según «La Sociedad en Red», que elabora anualmente por el Observatorio Nacional de las Telecomunicaciones y de la sociedad de la Información la penetración de internet en los hogares españoles, que ha llegado ya al 69.6%, mientras que la penetración de telefonía móvil ha llegado al 96%, al que le sigue la telefonía fija (83%), Internet (70%) y la televisión de pago (21%).¹

El uso de la telefonía móvil, y en concreto la captación y posterior difusión de imágenes puede comportar la violación del derecho fundamental al honor, la intimidad personal, familiar, y la propia imagen recogida en el art. 18.1 de la Constitución Española, y por ende, un “mal uso” con menoscabo grave a dicha intimidad, puede ser constitutivo de delito, que con la reforma operada mediante Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, del Código Penal castiga y tipifica de forma pormenorizada, aunque no

¹ Fuente: <http://www.ontsi.red.es/> (Ministerio de Industria, Energía y Turismo)

exenta de dificultades de prueba, una serie de conductas que quedaban fuera de la esfera penal, a lo sumo en el ámbito de protección de la vigente Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982 de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Centrando este trabajo en el WhatsApp, España es el cuarto país del mundo que lo usa, con una cuota de penetración del 70% entre los usuarios de telefonía móvil, por detrás de Sudáfrica, con un 78%, Singapur, con un 72%, y Hong Kong con un 71%².

II. EL ENORME CALADO EN LA SOCIEDAD DE LAS COMUNICACIONES POR WHATSAPP. ASPECTOS NEGATIVOS.

Hasta ahora, podemos decir sin fisuras, que nos encontramos con distintos perfiles de personas que con mayor o menor frecuencia, hacen un uso masivo de las redes sociales, mayormente a través de WhatsApp, para captar y enviar imágenes, videos y textos de todo tipo, conductas que a primera vista y con la regulación actual, pese a su gravedad, no han sido constitutivas de delito; a lo más, podrían ser objeto de protección mediante la referida vigente Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982.

Es muy habitual que en una unidad familiar normal, compuesta por matrimonio y dos hijos, de edades, por ejemplo, de nueve y dieciséis años, existan tres, incluso cuatro smartphones con la aplicación de WhatsApp instalada.

Los padres lo utilizan, bien sea en el aspecto lúdico, de entretenimiento, de comunicación social, diversión, o incluso trabajo, con fines muy diversos. Los hijos hacen lo propio, pero con mayor probabilidad de que el uso se centre en mero entretenimiento, comunicaciones superfluas, en muchos casos inmaduras, seguramente sin tener conocimiento del uso indebido que en ocasiones puedan realizar.

El problema que se plantea con el uso tan frecuente, por no decir excesivo, en un sector de población muy joven donde se pone en evidencia el enorme calado que está teniendo entre los jóvenes el uso de la aplicación para móviles WhatsApp y cómo ésta puede estar afectando a las relaciones personales y emocionales de los adolescentes, así como al rendimiento en el estudio. Algunos proyectos de investigación³ son realmente impactantes: recibir más de 1000 ‘whatsapps’ en un solo día o dedicar tres horas diarias

²Fuente <http://www.abc.es/tecnologia/moviles-aplicaciones/20150225/whatsapp-espana-cuarto-pais-mundo-cuota-mercado-201502241120.html>, fecha 04/03/2015.

³ Diario la Gaceta Independiente. Publicado el Lunes, 17 Marzo 2014 08:30 | Escrito por Miguel Ángel Montanero

a utilizar esta aplicación son conductas habituales entre nuestros adolescentes y, seguramente también, entre muchos adultos.

Sus aspectos positivos son innumerables, al igual que aquellos que son negativos y peligrosos, lo que sin duda, ante una falta de formación e información en el uso de las nuevas tecnologías de la comunicación, se puede acabar fácilmente en la comisión de conductas delictivas, antes no tipificadas, y que con la entrada en vigor a partir del 01 de Julio de 2015, van a ser castigadas tras la amplia reforma operada en los arts. 197 y siguientes del Código Penal.

III. CONDUCTAS HABITUALES DE LOS USUARIOS. AL FILO DEL DELITO.

Esta herramienta resulta fantástica para mensajería corta, inmediata y como forma de mantenernos en contacto con gente, sin tener que hacer demasiado esfuerzo.

Pero es muy importante observar que, como medio de comunicación, tiene limitaciones patentes relacionadas con la falta de comunicación no verbal y paraverbal.

Si tenemos en cuenta que en nuestros mensajes los elementos para poder representar "la forma" en que nos comunicamos son sólo los "emojiconos" o el uso de mayúsculas, las posibilidades de "equivocarse" en la interpretación del mensaje son muy altas, sobre todo si nos encontramos en estados emocionales alterados, situaciones de conflicto e incluso de estrés.

Puede ser suficiente con plantearse la pregunta: ¿Si lo tuvieses delante, le diría lo mismo? De cara a adquirir cierto autocontrol en nuestras palabras, es importante que reflexionemos antes de enviar ciertos mensajes o contenidos. El no estar cara a cara con la otra persona, nos puede desinhibir fácilmente.

El estar pendiente del "estado en línea" de las demás personas puede suponer un verdadero quebradero de cabeza. La posibilidad de que la otra persona aparezca en línea puede darse en cualquier momento del día y no tiene por qué significar que la otra persona está al otro lado del teléfono. Esta posibilidad supone un refuerzo intermitente (parecido al que ocurre en la ludopatía) que puede acabar haciéndolo muy adictivo.

Si nos encontramos en una relación poco equilibrada, en la que haya poca confianza o una relación de dependencia emocional, podemos acabar cometiendo

infracciones penales que atenten la intimidad personal de otras personas susceptibles de ser castigadas penalmente.

El caso paradigmático es aquel que, con frecuencia ocurre, en el ámbito de las relaciones privadas, donde las personas se hacen fotografías de contenido sexual, mostrándose desinhibidas, explícitas, o bajo escenarios de actividades o conductas que se realizan bajo la más estricta privacidad y con la firme intención de que actividades van a quedar en el ámbito de su intimidad más absoluta.

Pero lo cierto, es que la práctica demuestra lo contrario, y cada vez son más numerosas las conductas que violan sistemáticamente la esfera privada de las personas, incluso atentando a la dignidad personal protegida en nuestra norma suprema (art. 10.1 C.E), con casos tan abrumadores como ver en las redes sociales (sea WhatsApp, Facebook, twitter, YouTube, etc.) como circulan fotografías de personas desnudas, con contenido sexual explícito, practicando zoofilia, de contenido gay o lesbianismo, o incluso con otras temáticas, como pueden ser fotos de una persona esnifando cocaína, simulando ser sicario, defendiendo símbolos fascistas, atentatorias contra la libertad religiosa y en general fotografías obscenas de situaciones inimaginables.

Y ahí reside el problema: Que en dichas imágenes salen personas, cuyas fotografías han sido capturadas por ellas mismas o por terceros, y que además han sido difundidas sin su conocimiento ni consentimiento.

La aparición de estos nuevos hábitos de conducta pueden venir acompañados, en ocasiones, de consecuencias lesivas para bienes jurídicos importantes, como siempre que se realiza una actividad de riesgo.

IV. CONDUCTAS DELICTIVAS DEL ACTUAL ART. 197 C.P.

Antes de la reforma operada por L.O, 1/2015, de 30 de marzo, en lo que se refiere a las conductas anteriormente descritas, nos encontrábamos con una regulación legal no exenta de críticas por la extensa y compleja redacción de las distintas modalidades delictivas, pero que en general el bien jurídico protegido ha sido el derecho fundamental a la intimidad personal garantizado por el art. 18.1 de la C.E., en cuanto derivación de la dignidad de la persona reconocida en el art. 10.1 de la C.E., lo que implica, según la Sentencia del Tribunal Constitucional 70/2002, “la existencia de un ámbito propio y

reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana”.⁴

Ahora bien, los ejemplos y conductas anteriormente descritos, cuando se trata de imágenes o grabaciones que se comparten de forma voluntaria y libre en el ámbito estrictamente personal de dos o más personas, no son constitutivas de ilícito penal alguno, pues lo que se comparte es una actividad personal desarrollada reservadamente, sea de carácter sexual, sea familiar o de otra índole, pero no propiamente la intimidad de la otra parte, puesto que ésta corresponde exclusivamente a cada uno de los partícipes y no es susceptible de ser compartida por que es un derecho personalísimo. Quiero decir con ello, que la “intimidad compartida” no es causa justificante de la conducta tipificada en el art. 197 C.P.

1. Elementos objetivos del tipo:

La descripción actual de la conducta típica distingue dos modalidades: Una la referente al apoderamiento de papeles, cartas, mensajes de correo electrónico, o cualesquiera otros documentos o efectos personales. Y la otra modalidad sería la interceptación de las telecomunicaciones o la utilización de artificios de técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o la imagen, o cualquier otra señal de comunicación.

No ha sido fácil para el operador jurídico, con tal redacción, integrar numerosas conductas que acontecen con frecuencia, como la típica de difundir intencionadamente a terceros imágenes de otra persona tomadas reservadamente vulnerando con ello su intimidad personal.

Es por ello, que algunas sentencias, han tratado de subsanar las posibles lagunas de punibilidad que han venido derivándose de los avances tecnológicos, tal y como así se ha reconocido por el Tribunal Supremo en STS 694/2003 o STS 1219/2004.

2. Aspectos subjetivos.

En este punto es pacífica la doctrina y jurisprudencia en cuanto a que el tipo requiere del dolo, es decir, el conocimiento por el autor de los elementos del tipo objetivo y además un especial elemento subjetivo consistente en que la acción se ejecuta con la finalidad de descubrir secretos o vulnerar la intimidad de otro, por ello la

⁴ STS 1219/2004, STS 10/2012, STS 237/2007 y STS 21/2003.

expresión recogida en el art. 197 “para”. Y desde luego, queda clara la incriminación cuando la conducta se hace con fines lucrativos.

No obstante, el conocimiento de la ilicitud del hecho no tiene que ser precisa⁵, pero como se ha dicho, solo cabe la forma de comisión dolosa, por lo que cabe el error de prohibición, vencible o invencible.⁶

Ahora bien, el error de prohibición ha sido acogido restrictivamente puesto que existen fundadas razones, por lo evidente para cualquier persona, que el acceso a la comunicaciones íntimas y personales afecta a su intimidad, y que esa esfera íntima del sujeto esta de alguna forma protegida por la Ley ante la invasión o difusión a terceros, por lo que no puede aceptarse el desconocimiento de la ilicitud de la conducta que se realiza.⁷

Por otro lado, es notorio que las cuestiones relativas a la actividad sexual de la persona constituyen, sin género de dudas, parte del núcleo del concepto de intimidad.

3. Dificultades de integración con la regulación actual.

Los tribunales se han visto enfrentados a situaciones de difusión de imágenes que no han podido ser castigadas por la vía del delito de descubrimiento y revelación de secretos del art. 197, precisamente porque cuando la toma de imágenes es consentida lleva a la atipicidad de la conducta, al ser la falta de autorización un elemento esencial del tipo y la intimidad un bien jurídico disponible.⁸

Así lo entendió la SAP de Lleida de 25 de febrero de 2004. En ella se trata de un caso de difusión de un video de contenido sexual, filmado con el consentimiento de ambos intervinientes, y que se distribuye por uno de ellos una vez que la relación termina. En este caso, se acepta la vulneración de la integridad moral, pero no la aplicación del delito contra la intimidad en la medida en que la posesión de las imágenes era legítima al existir consentimiento⁹, siguiendo la jurisprudencia más clásica en la materia¹⁰.

⁵ STS 1287/2003

⁶ STS 694/2003-20-3)

⁷ STS 1219/2004, 10-12

⁸ Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Orgaz de 15 de marzo de 2013, disponible en http://www.encastillalamanca.es/archive/files/20130422134247_EOGQXG.pdf

⁹ En el mismo sentido SAP de Palencia de 28 de junio de 2006.

¹⁰ Es conocida la tesis del “despojo de la intimidad” a la que alude el TS. *Vid.*, JUANATEY DORADO, C./DOVAL PAIS, A., Límites a la protección penal de la intimidad frente a la grabación de conversaciones o imágenes, en: Boix Reig, J. (Dir.), La protección jurídica de la intimidad, Madrid, 2010, pp. 126 y 137.

No obstante, en otras resoluciones, como la SAP de Almería de 2 de noviembre de 2005, se alude a la falta de consentimiento para la difusión por lo que sí tendría cabida el delito, atendiendo a aquello que yo considero es un “consentimiento no extensivo”, o que debe ser matizado con la idea de la “expectativa de intimidad” en la que se emite el consentimiento¹¹.

4. Referencia a los menores de edad.

Y como no, en materia de menores, los delitos se disparan ocurriendo situaciones verdaderamente problemáticas y alarmantes (MENDOZA CALDERON, S).

A modo de ejemplo, por el Juez del Juzgado de Menores nº 2 de Granada se dictó sentencia con fecha 31 de octubre de 2013, en la cual se declararon probados que, en un día no concretado de la primera semana de enero de 2012, una menor, envió a través de su móvil a su pareja, también menor, con el que salía por aquellas fechas, una fotografía en la que se mostraba desnuda, obtenida con la finalidad de que la utilizara de forma exclusiva y privada. Unas dos semanas más tarde y con ocasión de un partido de fútbol que el menor iba a disputar en una localidad de Granada, alardeó en el banquillo en que esperaba con el resto de jugadores de su equipo, de estar en posesión de la referida foto de Amparo desnuda, y que se la iba a enviar a sus teléfonos a través de "WhatsApp" para que se motivaran, cosa que hizo antes de comenzar el encuentro con al menos tres de sus compañeros que disponían de móvil, entre los que se encontraba el menor, que sin consentimiento ni conocimiento de la fotografiada, la reenvió a través de "WhatsApp" a la propia novia y a varias personas más, entre ellas, otra amiga menor de edad, que también procedió a reenviarla a otro compañero del Instituto donde cursa estudios, obviando el consentimiento de la interesada y a sabiendas del daño que le causaba con la distribución inconsentida de su desnudo. A consecuencia de los hechos relatados, la menor sufrió un trastorno por estrés postraumático y bulimia purgativa, presentando como secuelas un tratamiento neurótico, es decir, la menor quedó seriamente afectada al ser víctima de la vergüenza, humillación, el sentimiento de objeto sexual, sin duda, una verdadera intromisión y vulneración a todas luces de su intimidad personal.

Este es uno de los casos típicos de “sexting” que instruyó la Fiscalía de Menores de Granada, (son cientos los que ocurren y no se denuncian) y acabó con una sentencia

¹¹ LLORIA GARCÍA, P., Delitos y redes sociales: los nuevos atentados a la intimidad, el honor y la integridad moral. Especial referencia al *sexting*, La Ley, Monográfico sobre ciberdelincuencia, en prensa.

condenatoria a trabajos en beneficio de la comunidad y el resarcimiento de las responsabilidades civiles.

Pero como decíamos anteriormente, las dificultades de integración con la regulación actual de art. 197 C.C., pese a lo evidente de que la conducta reviste toda la apariencia de delito, resulta que es impune, pues así lo consideró la Audiencia Provincial de Granada, Sentencia número 351/2014, que con buen criterio estrictamente jurídico, revocó la sentencia y absolvió a los tres menores que habían sido condenados, pues las conductas que recoge el citado artículo 197 del Código Penal exigen, con carácter general, un acceso in consentido a un secreto, y como dice la sentencia

“en el supuesto de autos, ni hubo *acceso* por cuanto los tres acusados lo que hicieron fue recibir, y no acceder, un mensaje de imagen, ni cabe hablar de *no consentimiento* cuando lo que desencadena la difusión " *en cascada* " del mensaje es un acto previo de la menor que es su remisión al teléfono móvil del chico con el que mantenía una relación. Y tal consentimiento debe considerarse válido aunque la chica sea menor de edad y cuente a fecha de los hechos con quince años de edad, pues si el Legislador viene a considerar válido el consentimiento de una persona a partir de los trece años para mantener relaciones sexuales, parece evidente que también debe considerarse válido dicho consentimiento para remitir una fotografía donde aparece desnuda, con un alto contenido sexual. Quedando a salvo las acciones, en su caso, que la menor, o quienes la representen, puedan ejercitar por la intromisión ilegítima sufrida, al amparo de la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982 de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.”.

V. LA SOLUCIÓN NORMATIVA EN LA NUEVA REDACCIÓN DEL ART. 197 C.P. y S.S. OPERADA POR L.O. 1/2015, VIGENTE A PARTIR DEL 01/07/2015.

El legislador, consciente de la compleja redacción anterior, enmienda ahora no sólo los vacíos normativos, como el examinado en el caso anterior, sino que concreta y endurece las penas en una extensa regulación elogiada, pues abarca, además de las conductas aquí expuestas, otros tipos penales derivados del uso delictivo de todo tipo de medios de difusión y captación de imágenes, grabaciones o datos reservados que vulneren la intimidad personal, o revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, agravando las penas cuando existan fines lucrativos o afecten a menores o incapaces.

Y en concreto, el apartado número 7 del art. 197, ahora sí, castiga con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses al que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquélla que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación

menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona, imponiendo la pena en su mitad superior cuando los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o por persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, la víctima fuera menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o los hechos se hubieran cometido con una finalidad lucrativa.

1. La falta de consentimiento y la difusión a terceros.

Esta redacción refuerza la idea del consentimiento y proporciona seguridad jurídica al quedar claro el castigo de la difusión de imágenes obtenidas de manera lícita, con su anuencia (bien por el que difunde o por un tercero con consentimiento del titular, o por el propio titular del bien jurídico) pero que “sin su autorización” la difunde y con ello cause un menoscabo grave a la intimidad de la persona, lo cual será fácil de probar cuando afecten al denominado “núcleo duro” de la intimidad personal (sexualidad, salud, religión, orientación política o ideológica).

Esta toma de postura lleva a una reformulación del entendimiento de la intimidad acorde a los nuevos riesgos que se derivan del entorno digital, y que puede reconducirse a la idea de que la intimidad compartida no lleva necesariamente al despojo de la misma, en la medida en que el sujeto debe tener cierto control sobre sus datos aun cuando hayan sido cedidos a terceros.

2. El concepto de menoscabo grave a la intimidad de la persona.

Además de la falta de consentimiento o autorización, unido a la difusión, basta el menoscabo grave de la intimidad de una persona, lo cual se hace en sentido amplio y abarcará no sólo ese núcleo duro de la intimidad antes aludido, sino que el perjudicado por el delito podrá plantear la correspondiente denuncia o querrela incluso cuando la difusión de esas imágenes o grabaciones sean de cualquier tipo de conducta que no han de trascender a los demás, aún a riesgo de falta de previsión por no haberlas eliminado y evitar problemas futuros. Piénsese en un afamado futbolista, político o cantante, que en su intimidad privada se realizó unas grabaciones tomando drogas, menospreciando o vitupeando un bandera española, o sencillamente vestirse y pintarse de mujer, con la finalidad de que no salgan de móvil, y en cambio, alguien de su entorno las difunde: conductas que a tenor de la nueva regulación, quedan perfectamente tipificadas.

VI. DE LEGE FERENDA. ¿Y QUE PASA CON LAS MANIPULACIONES TECNOLÓGICAS DE LOS CONTENIDOS AUDIOVISUALES?

Pues parece que el legislador se ha olvidado, so pena de encajar estas conductas en el art. 197.2 del Código Penal, de la creciente difusión de imágenes de contenido sexual explícito fruto de “montajes”, bien de fotografías o de video, en la que personas privadas o famosas circulan por las redes con absoluto descontrol y atentando gravemente a su imagen, no siendo tarea fácil para los Cuerpos de Seguridad, una vez interpuesta la denuncia, bloquear o cerrar por completo el contenido de las web, redes o medios que las publicitan sin escrúpulos, por no decir de la casi imposibilidad de abortar su emisión si las mismas ya han trascendido a través de WhatsApp.

Se podría haber aprovechado la reforma para clarificar mejor los elementos del tipo, los autores, los dispositivos utilizados, las formas de difusión y medios empleados, la tenencia de las mismas, incluso haber abordado algunas cuestiones procesales en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y a nivel de colaboración internacional que facilite la persecución y adopción de medidas inmediatas frente la desahogada difusión de vídeos y fotografías con contenido sexual sobre imágenes que previamente han sido manipuladas, a veces con programas de edición y software sencillos de utilizar y al alcance no sólo de los profesionales, colocándolas rápidamente en las redes sociales, para lo cual basta entrar en cualquier buscador de internet, introducir el nombre de una persona famosa, (los casos más habituales) y rápidamente podremos observar imágenes de contenido sexual, frutos de montajes más o menos realistas, para cualquier usuario que tenga acceso a internet.

Este afloramiento de conductas, hacen que las Fuerzas de Seguridad y Cuerpos de Seguridad del Estado se vean desbordadas y “limitadas”, pues la investigación policial no es tarea fácil.

Lo fácil, para cualquier usuario, es caer en el morbo de encontrar las imágenes, y fácil es igualmente para los delincuentes modificarlas y colgarlas en la red. Pero las brigadas de investigación tecnológica de la Policía lo tienen bastante complicado: Una de las dificultades con la que se encuentra tanto la Unidad de Delitos Telemáticos de la Guardia Civil como la Policía es la especialización de los filtradores. “Normalmente, en todas las vías de delincuencia, suelen dejar un rastro pero no siempre es sencillo. No se trata solo de encontrar una IP y relacionarla con la persona que ha podido difundir los

vídeos. A veces esa IP se encuentra en un locutorio, lo que complica la situación a los investigadores.

Otras veces también utilizan sistemas de anonimización para poner más trabas a la identificación, como han relatado uno de los comandantes de investigación de estos delitos, DE LA CRUZ¹².

El último paso de la hoja de ruta de una investigación tecnológica pasa por la cadena de distribución. Deshaciendo la cadena de personas que han difundido el vídeo sexual o las imágenes, los policías pueden llegar a la raíz, aunque se trata de un trabajo pesado, en el que se hacen numerosas citaciones y entrevistas que requieren mucho tiempo y se encuentran dificultades cuando alguien de la cadena borra el contenido.

Y ahora vienen los problemas con los gigantes: No todas las multinacionales que gestionan las redes sociales colaboran con las fuerzas de seguridad cuando se empiezan a distribuir vídeos sexuales no aprobados por las víctimas. Según las fuentes consultadas por la revista mencionada *ZoomNews*, en la actualidad no existe ningún canal de colaboración entre Twitter, Facebook, WhatsApp y la Policía. Esto quiere decir que a los agentes les cuesta horrores retirar a través de estas plataformas un contenido de estas características y para conseguirlo, tienen que pedir una rogatoria internacional, tarea tampoco fácil en cuanto al cumplimiento y la agilidad de tramitación.

Las unidades de delitos tecnológicos tienen muchos problemas de colaboración y falta de canales de comunicación adecuados que permitan dirigirse directamente a los responsables, que pueden estar en cualquier parte del mundo y como bien es sabido origina problemas, sobre todo cuando hay delitos que se salen de la jurisdicción española.

Por tanto, los retos que se plantean en la persecución de conductas¹³ relacionadas con los atentados a la intimidad personal, trascienden el plano nacional y hace necesaria medidas globales a nivel internacional, en el plano de la colaboración, cruces de información y cooperación internacional para abordar estos delitos de forma rápida y contundente.

¹² Revisa *ZoomNews*. Edición 14/12/2013. Los delitos virales en Twitter y WhatsApp, un nuevo reto para la Policía. Entrevista realizada por el periodista Don Antonio Vargas.

¹³ FRESNEDA DEDESINA INSA, Carmen Lázaro, La admisibilidad de las pruebas electrónicas en los tribunales (APET): Luchando contra los delitos tecnológicos, La Ley, 2007.

Consecuentemente, en sus perspectivas de futuro, se perciben las carencias y se reclaman una formación, cualificación y regulación específicas, que confieran estándares y garantías suficientes para proteger a las víctimas de delitos cometidos a través de las nuevas tecnologías.

VII. BIBLIOGRAFÍA

CLIMENT DURAN, Carlos. Jurisprudencia Sistematizada del Código Penal, 4ª Edición, Tirant Lo Blanch, 2011.

LLORIA GARCÍA, P., Delitos y redes sociales: los nuevos atentados a la intimidad, el honor y la integridad moral. Especial referencia al *sexting*, La Ley, Monográfico sobre ciberdelincuencia, en prensa.

FRESNEDA DEDESINA INSA, Carmen Lázaro, La admisibilidad de las pruebas electrónicas en los tribunales (APET): Luchando contra los delitos tecnológicos, La Ley, 2007.

MENDOZA CALDERÓN, Silvia, El derecho penal frente a las formas de acoso a menores. Bullying, cyberbullying, grooming y sexting, Tirant Monografías 868, Edición 2013.

* * * * *

Silvia Rosales Pedrero

Juez Sustituta. Socia de la FICP.

~La prueba de indicios en el delito de tráfico de drogas~

Resumen.- El presente trabajo tiene por objeto efectuar un estudio de la importancia de la prueba de indicios en la sanción de conductas incardinables en el tipo penal contemplado en el artículo 368 del Código Penal por cuanto, como es sabido, no es fácil encontrar una prueba incriminatoria directa para sostener una condena.

Palabras clave.- Tráfico de drogas; indicios; prueba; tenencia preordenada

I. INTRODUCCIÓN

La aplicación del principio acusatorio en nuestro proceso penal lleva consigo el derecho que tiene todo acusado de ser absuelto si no se ha acreditado una mínima prueba de cargo acreditativa de los hechos motivadores de la acusación, así como de la intervención en los mismos del inculpado.

Este derecho a la presunción de inocencia viene consagrado en nuestra Carta Magna en su artículo 24.2 así como en la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 (art. 11.1), el Convenio Europeo de 4 de noviembre de 1950 (art. 6.2), y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 (art. 14.2). De la misma manera, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado reiteradamente sobre la necesidad de destruir esta presunción de inocencia con probanza de cargo suficiente (SSTC 229/1988, 138/1992, 303/1993, 182/1994, 86/1995, 34/1996 y 157/1996), siguiendo la misma línea el Tribunal Supremo (SSTS 30 de septiembre de 1994, 10 de marzo de 1995, 798/1997, 17 de noviembre de 2000, 18 de noviembre de 2000 y 25 de enero de 2001, entre otras).

Ahora bien, una vez sentada la necesidad de una mínima actividad probatoria de cargo es preciso puntualizar que esa probanza no se exige que esté constituida por prueba directa y clara, sino que en determinadas ocasiones es posible acudir a la denominada prueba indiciaria que es objeto del presente estudio. Así, si la destrucción de la presunción de inocencia se obtuviera tan solo por la valoración de medios de prueba directos quedarían impunes muchas conductas que no han podido ser objeto en el plenario de una probanza de cargo directa.

En tal sentido la reciente STS Tribunal Supremo Sala 2ª, S 4-2-2015, [nº 39/2015,

rec. 1889/2014 Pte: Andrés Ibáñez, Perfecto]¹, expone:

“El principio de presunción de inocencia da derecho a no ser condenado sin prueba de cargo válida, que -salvo los casos excepcionales constitucionalmente admitidos- es la obtenida en el juicio, que haya sido racional y explícitamente valorada, de forma motivada, en la sentencia, y se refiera a los elementos nucleares del delito. Por otra parte, cuando se trata de la prueba habitualmente denotada como indiciaria, para que una conclusión incriminatoria con este fundamento resulte atendible, según jurisprudencia asimismo muy conocida, es preciso que los hechos indicadores o hechos-base sean varios, estén bien probatoriamente acreditados y viertan sobre el hecho principal u objeto de imputación; y que la inferencia que, realizada a partir de aquéllos conduce a este último, sea racional, fundada en máximas de experiencia fiables, y cuente con motivación suficiente”.

En el delito de tráfico de drogas es difícil encontrar una prueba incriminatoria directa para sostener una condena. No obstante, para probar la posesión preordenada para el tráfico se permite la prueba indiciaria, lo que en ocasiones es difícil de evidenciar, al desconocerse cuándo está destinada al autoconsumo y cuándo al tráfico, siendo imprescindible valorar todos los indicios posibles.

II. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

El artículo 24 de la Constitución consagra el derecho a la presunción de inocencia, derecho fundamental que vincula a todos los poderes públicos y que no sólo abarca la autoría de un hecho presuntamente delictivo (SsTC 201/89 y 138/92, entre otras) sino también a los elementos del delito (STC 93/94).

Ahora bien, el proceso penal sirve, sin duda, a una idea esencial indisolublemente unida al Estado de Derecho: juzgar a una persona para obtener el convencimiento, conforme a ciertas reglas, absoluta e incondicionadamente inderogables, que garanticen hasta donde humanamente es posible, el acierto de la decisión final, respecto a si realizó o no un hecho considerado como infracción criminal, cómo lo realizó y en qué circunstancias objetivas y subjetivas. Por lo tanto, puede decirse que el proceso penal tiende a la anulación del principio de presunción de inocencia y ello es así porque la presunción de inocencia es una presunción iuris tantum que queda destruida por aportación de prueba en contrario.

Así, el TC en su Sentencia emblemática 31/81 declara la necesidad de que exista una mínima actividad probatoria producida con las garantías procesales que de alguna forma puede entenderse de cargo y de la que pueda deducirse, por tanto, la culpabilidad del procesado, para llegar a desvirtuarse la presunción de inocencia.

Se hace necesario, no obstante, precisar unas notas:

¹ EDJ 2015/8577 STS Sala 2ª de 4 febrero 2015

- La presunción de inocencia afecta a los hechos, no a su valoración.
- No hay obstáculo en considerar la presunción judicial como prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia. La STC 174/85 dice de manera contundente que la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso penal se puede formar sobre la base de prueba indiciaria. Y así lo señala también el TEDH (Salabiaku & Francia 1988, entre otras).
- No puede alegarse la presunción de inocencia “sensu contrario” por la acusación, entendiéndose que si la ausencia de prueba conduce a la condena, la existencia de la misma debe conducir a la condena.
- Es absolutamente necesario distinguir la presunción de inocencia del principio “in dubio pro reo”. La presunción de inocencia queda reservada a la ausencia de prueba o a la aportada sin garantías procesales.

La LECR no contiene una enumeración de los medios de prueba de los que las partes pueden valerse a lo largo del procedimiento (a diferencia de la antigua LEC en su artículo 578 y el 299 de la LEC actual, a los que habría que añadir la prueba de presunciones regulada en el CC en sus artículos 1249 y siguientes, que la nueva LEC trata en los artículos 385 y 386 LEC), aunque sea difícil no reconducir alguno imaginable a las categorías ya reguladas, sino que se limita a regularlos (inspección ocular, el cuerpo del delito, declaraciones de procesados, declaraciones de testigos, careo, informe pericial, y documental).

En esta regulación no aparece la llamada prueba de indicios y ello es perfectamente explicable porque en realidad no es un medio probatorio en sí mismo, sino un proceso lógico deductivo originado en medios probatorios en sentido estricto. Dicho de otra manera es una técnica de fijación de unos hechos mediante un mecanismo intelectual o lógico, que entra en juego con posterioridad a la práctica de los medios de prueba.

En base a esta consideración podemos establecer una distinción esencial entre prueba directa e indirecta:

a) Prueba directa es aquella que recae de manera inmediata sobre hechos relevantes para la condena del acusado.

b) Prueba indirecta, circunstancial o indiciaria es aquella que se dirige a mostrar la certeza de unos hechos (indicios) que no son los constitutivos del delito, pero de los que pueden inferirse estos, así como la participación del acusado, por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico existente entre los hechos probados y los que se tratan de probar (STC 174/85, de 17 de diciembre).

Dice la STC 174/85 que

“es un hecho que en los juicios criminales, no siempre es posible la prueba directa, por muchos esfuerzos que se hagan por obtenerla. Prescindir de la prueba indiciaria conduciría en ocasiones, a la impunidad de ciertos delitos, lo que provocaría una grave indefensión social”.

Por otro lado, en esta aplicación de las reglas de la lógica y máximas de experiencia y el proceso deductivo para llegar a la convicción de la autoría, uno de los hechos delictivos en los que con mayor asiduidad se aprecia esta prueba indiciaria es en los delitos contra la salud pública relativos al tráfico de drogas².

III. ASPECTOS TEÓRICOS: NATURALEZA, CONCEPTO Y REQUISITOS DE LA PRUEBA DE INDICIOS

Debemos comenzar realizando tres reflexiones: una puramente formal y otras de índole sustancial:

1) En la praxis jurídica española la prueba de indicios recibe los siguientes nombres: prueba indiciaria, prueba indirecta, prueba circunstancial, prueba por inferencias, prueba por presunciones.

2) No está ni contemplada legalmente.

3) El derecho constitucional a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso penal se pueda formar sobre la base de prueba indiciaria. Lo que daría plena razón a los positivistas cuando señalan que derecho es lo que aplican los jueces.

1. Origen en el Derecho penal

Dentro de la importación de conceptos e instituciones propios del proceso civil al proceso penal se halla la prueba indiciaria. La Sala de lo Penal del TS ha acudido a la regulación legal de las presunciones para configurar la prueba indiciaria en el proceso

² MAGRO SERVET, V. La prueba de indicios a resultados de la prueba del juicio oral. Esta doctrina forma parte del libro "Guía de problemas y soluciones en el juicio oral", edición nº 1, Editorial LA LEY, Madrid, 2006. LA LEY 6014/2007.

penal. Así las SsTS de 11-3-96 y 14-9-94 afirman que

“la prueba indiciaria se caracteriza por su mayor subjetivismo en tanto que el juez ha de realizar un engarce lógico y racional entre los hechos base, dos o más, y el hecho consecuencia, por las vías y por los modos, nunca arbitrarios, que el artículo 1253 del CC enseña, huyendo así de meras sospechas o conjeturas”.

En efecto el CC, como ya se dijo anteriormente, regulaba en sus artículos 1249 a 1253 las presunciones, y para obtener una clara idea del precedente que supone en la prueba indiciaria transcribimos algunos de ellos:

1249.- las presunciones no son admisibles sino cuando el hecho de que han de deducirse esté completamente acreditado.

1253.- para que las presunciones no establecidas por ley sean apreciables como medio de prueba, es indispensable que entre el hecho demostrado y aquel que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.

Pues bien, este “enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano” entre el hecho indicio probado y el hecho presunto a probar es lo que suele denominarse “máxima de experiencia”.

2. Concepto

No resulta difícil con todo lo visto, ofrecer un concepto de la prueba de indicios como el mecanismo lógico mediante el cual se obtiene la convicción de los hechos delictivos objeto del proceso, partiendo de otros hechos distintos, relacionados con aquellos y que se encuentran probados. O como señala la STC 174/85 la prueba indiciaria es aquella que se dirige a mostrar la certeza de unos hechos que no son los constitutivos del delito, pero de los que se pueden inferir estos y la participación del acusado por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico existente entre los hechos probados y los que se trata de probar.

Analizada la génesis y la admisión y validez jurisprudencial para enervar la presunción de inocencia resulta obligado concretar aquellos requisitos mínimos imprescindibles para que los miembros de los órganos jurisdiccionales puedan valerse de esta modalidad probatoria para fundamentar una condena. Obviamente, siendo creación jurisprudencial, no otra fuente ha determinado éstos.

Dice el artículo 741 de la LECR que “El Tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia”.

Ahora bien, la tan mencionada STC 174/85 señala

“no basta que se haya practicado prueba, e incluso que se haya practicado con gran amplitud; el resultado de la prueba ha de ser tal que pueda racionalmente considerarse de cargo, es decir, que los hechos cuya certeza resulte de la prueba practicada acrediten la culpabilidad del acusado”.

Tiene singular importancia respecto del ánimo (elemento subjetivo del tipo), ya que cuando el acusado niega los hechos este elemento subjetivo sólo cabe demostrarlo por indicios.

3. Requisitos

En el análisis de los concretos requisitos para aceptar la eficacia de la prueba indiciaria conviene distinguir entre sus elementos o fases:

a) Exigencias respecto del hecho base:

- Pluralidad o multiplicidad.- Deben ser más de un hecho base, de lo contrario chocaría contra la seguridad jurídica. De un único hecho base resulta difícil realizar un proceso lógico deductivo. Es un requisito que puede quebrar por la contundencia o potencia acreditativa de un único indicio (cantidad de droga aprehendida al acusado).
- Concomitancia o proximidad con el hecho a probar.- El indicio debe ser periférico al hecho necesitado de prueba.
- Interrelación entre los hechos indiciarios.- El TS describe este requisito como “notas de un mismo sistema”. Entre todos los hechos base debe haber compatibilidad. Debe haber unidireccionalidad entre ellos.
- Los hechos base han de ser probados con prueba directa.- Cuestión que el TS deriva del artículo 1249 CC antes transcrito. Llevaría, lo contrario, a conculcar la máxima jurídica *praesumptio de praesumptione non admititur*. No se pueden construir certezas sobre posibilidades.

b) Exigencias relativas a la inferencia:

- La inferencia debe ser judicial y no técnica en tanto el proceso lógico del juez o tribunal no puede basarse en máximas ajenas (como la pericial); deben ser máximas de experiencia.
- Exclusión de juicios ambiguos: En efecto se deberán excluir los juicios de probabilidad eventualmente existentes que sean menos racionales. Como señala la STC 120/1999 se constatará vulneración de la presunción de inocencia cuando la inferencia sea tan abierta que en su seno quepa tal

pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada.

c) Necesidad de explicitar el razonamiento (racionalidad): Exigencia cuyo fundamento deriva de forma directa del artículo 120.3 de la Constitución. Si no se produce no hay proceso lógico y vía recurso la vulnerabilidad de la conclusión sería obvia. Debe, la inferencia, responder plenamente a las reglas de la lógica de manera que de los hechos base fluya como conclusión natural el dato a acreditar, existiendo entre ambos un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.

La STS 1026/1996 explicita las siguientes condiciones:

XIV. Pluralidad de hechos base o indicios.

XV. Los indicios deben ser acreditados por prueba directa.

XVI. Necesidad de que sean periféricos respecto del hecho a probar.

XVII. Interrelación.

XVIII. Racionalidad de la inferencia.

XIX. Expresión en la motivación del cómo se llegó a la inferencia.

En tal sentido, el valor como prueba de cargo de la prueba de indicios ha sido admitido tanto por el Tribunal Constitucional como por el Tribunal Supremo³. El Tribunal Constitucional ha sostenido desde sus primeras sentencias sobre la materia (SSTC 174/1985 (EDJ 1985/148), 175/1985 (EDJ 1985/149), 24/1997 (EDJ 1997/1890), 157/1998 (EDJ 1998/10015), 189/1998 (EDJ 1998/30682), 68/1998 (EDJ 1998/1481), 220/1998 (EDJ 1998/24928), 44/2000 (EDJ 2000/1148) y 117/2000 (EDJ 2000/8897)) que a falta de prueba directa de cargo también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento condenatorio, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia.

En resoluciones más recientes (SSTC 111/2008 (EDJ 2008/172221), 109/2009 (EDJ 2009/82090), 126/2011 (EDJ 2011/143375), 128/2011 (EDJ 2011/181246), 175/2012 (EDJ 2012/241876) y 15/2014 (EDJ 2014/12106)) ha considerado como requisitos imprescindibles los siguientes: A) El hecho o los hechos bases (o indicios) han de estar plenamente probados; B) Los hechos constitutivos del delito deben

³ STS Tribunal Supremo Sala 2ª, S 23-12-2014, nº 895/2014, rec. 10352/2014 Pte: Ferrer García, Ana María. EDJ 2014/288493 STS Sala 2ª de 23 diciembre 2014

deducirse precisamente de estos hechos base completamente probados; C) Para que se pueda comprobar la razonabilidad de la inferencia es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados o indicios, y sobre todo que explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; D) Y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o, en palabras de la STC 169/1989, de 16 de octubre (EDJ 1989/9143), «en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes» (SSTC 220/1998 (EDJ 1998/24928), 124/2001 (EDJ 2001/6255), 300/2005 (EDJ 2005/197279), y 111/2008 (EDJ 2008/172221)).

Sobre la naturaleza y estructuración de la prueba indiciaria tiene establecido el Tribunal Constitucional que el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia ha de estar asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o, en palabras de la STC 169/1989, de 16 de octubre (EDJ 1989/9143), en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes (SSTC 220/1998 (EDJ 1998/24928), 124/2001 (EDJ 2001/6255), 300/2005 (EDJ 2005/197279) y 111/2008 (EDJ 2008/172221)). El control de constitucionalidad de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria puede efectuarse tanto desde un doble canon: el de su lógica o cohesión, y el de su suficiencia o calidad concluyente. Con arreglo al primero la inferencia será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho que se hace desprender de ellos o no llevan naturalmente a él. Desde el canon de su suficiencia o calidad concluyente no será razonable la inferencia cuando sea excesivamente abierta, débil o imprecisa. Son los órganos judiciales quienes, en virtud del principio de inmediación, tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías del acervo probatorio. Por ello se afirma que sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada (STC 229/2003 (EDJ 2003/163272), 196/2007 (EDJ 2007/151829), 111/2008 (EDJ 2008/172221), 108/2009 (EDJ 2009/82092), 109/2009 (EDJ 2009/82090), 70/2010 (EDJ 2010/240745) y 126/2011 (EDJ 2011/143375), entre otras).

La Sala Segunda del Tribunal Supremo tiene establecido de forma reiterada que la

prueba indiciaria, indirecta o circunstancial presenta dos perspectivas relevantes para el control casacional. Desde el punto de vista formal, deben constar los indicios o hechos-base plenamente acreditados que permitan acceder mediante un juicio de inferencia al hecho-consecuencia; el razonamiento de inferencia también ha de ser debidamente explicitado en la sentencia. Desde una perspectiva material, el control casacional se contrae en la verificación de que existan varios indicios plenamente evidenciados, o uno de singular potencia acreditativa, de naturaleza inequívocamente incriminatoria, que no estén destruidos por contraindicios, que se refuercen entre sí y que permitan obtener un juicio de inferencia razonable, entendiendo tal razonabilidad como enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano (139/2009, de 24 de febrero; 322/2010, de 5 de abril; 208/2012, de 16 de marzo; y 690/2013, de 24 de julio, 481/2014, de 3 de junio, entre otras).

IV. INDICIOS MÁS FRECUENTES QUE DEFINEN EL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS

Los indicios a presentar, no suponen *numeros clausus* o reglas inamovibles y cerradas a la hora de apreciar la prueba indiciaria en relación con cada delito, sino que los indicios deben de extraerse del caso concreto y valorarse en su propio seno, teniendo en cuenta la protección del bien jurídico, ya que no es lo mismo la concurrencia y aplicación de la prueba indiciaria en el delito de blanqueo de dinero que en el delito de asesinato u homicidio. La prueba judicial está en los detalles; es decir, vestigios infinitesimales que permiten captar una realidad. Por eso y al igual que para la identificación y diagnóstico de las enfermedades existe una variada gama de síntomas que las reconocen, pues cuando estemos en presencia de determinados delitos, existe igualmente, un cierto tipo de indicios que acreditan su presencia⁴.

Entre las numerosas conductas que sanciona como delito contra la salud pública, el artículo 368 del Código penal, se encuentra la de poseer drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, si bien solo cuando esta tenencia persiga una finalidad concreta: la de promover, favorecer o facilitar su consumo ilegal⁵.

⁴ LEAL MEDINA, J. La prueba indiciaria o circunstancial en el Derecho Penal. Una prueba esencial para la Jurisdicción criminal. Concepto, requisitos y una clasificación de los indicios más relevantes que manifiestan los diferentes tipos delictivos. Diario La Ley, Nº 7888, Sección Doctrina, 26 de Junio de 2012, Año XXXIII, Ref. D-256, Editorial LA LEY. LA LEY 7024/2012

⁵ MOLINA MANSILLA, MC. Análisis jurisprudencial de la posesión preordenada para el tráfico en el delito de narcotráfico. La Ley Penal, Nº 51, Sección Informe de Jurisprudencia, Julio 2008, Editorial LA LEY. LA LEY 23256/2008

Poseer es detentar un poder duradero real o de hecho sobre la cosa, en nuestro caso, la tenencia de la sustancia tóxica [STS 10-12-1996]. La posesión puede ser: 1) inmediata, en tanto el poder de hecho lo detenta el propio sujeto, teniendo la disponibilidad sobre la sustancia [STS 26-05-2006]; o, 2) mediata, que es la que se tiene por mediación de la posesión de un tercero. Apreciamos esta modalidad en el delito de tráfico de drogas cuando quienes han acordado la compra no disponen, ni detentan materialmente, la sustancia en su poder [STS 25-02-2002]. Conviene subrayar que para admitir la figura de la posesión descrita en el artículo 368 CP no se requiere la previa tenencia material de la cosa, pues, de ser así, quedarían fuera del campo penal los grandes narcotraficantes, que manejan el destino de la droga a través de múltiples medios, pero que rara vez entran en contacto con la sustancia, ni la detentan físicamente [STS 30-09-1988]. No obstante, se precisa la disponibilidad de hecho de la sustancia tóxica por un sujeto que conoce su ilegalidad. Aunque no es necesario el contacto material y permanente con la misma —pudiendo ésta encontrarse en un lugar distinto de donde se halle el sujeto—, ni que ésta le pertenezca [STS 28-12-2004], sí es imprescindible que la droga esté sometida a la voluntad del sujeto para su conservación o disfrute. Es precisamente este dominio sobre la cosa lo que diferencia al poseedor real del «servidor de la posesión», que es quien detenta la sustancia, reconociendo la titularidad de la sustancia a otro [STS 10-12-1996], limitándose su labor de posesión a la custodia o almacenamiento de dichas sustancias. Al hablar de almacenamiento hay que entender que, en la realidad, el tráfico de estas sustancias se produce frecuentemente mediante el «menudeo» o venta en pequeñas dosis, de manera que un traficante mayor distribuye la sustancia entre traficantes menores, con un doble objetivo: a) asegurar la capilaridad en la distribución de la droga; b) evitar la detención de personas con grandes cantidades de droga en su poder, por otro. De esta forma, a pesar de existir un único poseedor real, pueden existir varios servidores reales de la posesión, pudiendo llegar a constituir éstos una estructura piramidal de servidores reales de la posesión.

La posesión de drogas contemplada de forma abstracta es pues atípica. Sin embargo, si pueden acreditarse indicios que muestren la intencionalidad de la posesión con ánimo de traficar, nos encontramos ante la figura de la posesión preordenada para el tráfico. En consecuencia el tipo penal no se agota con la realización de los actos de tráfico, sino que se completa con la mera posesión de sustancias estupefacientes o

psicotrópicas, siempre que estén destinadas a su tráfico [STS 07-10-1999].

En particular, para el delito de tráfico de drogas, entre los indicios más relevantes, podemos encontrar los siguientes: a) el informe policial, donde se hace constar el seguimiento y vigilancia al que ha sido sometido el acusado, pudiendo comprobar la presencia de personas relacionadas con el consumo de drogas en su domicilio; b) una cierta cantidad de dinero en billetes, moneda fraccionada⁶ o tarjetas de crédito que identifican el pago de la venta de droga en poder del traficante, así como la diversidad de objetos hallados en la casa de los acusados, pues permite deducir que se ofrecieron en contraprestación al suministro de los estupefacientes; c) lugar de ocultación de la droga, pues todo drogodependiente sabe perfectamente que el autoconsumo no es delito; d) la existencia de materiales e instrumentos adecuados para su elaboración y distribución como puede ser un cierto tipo de cortador para partir la droga, bolsitas o los diversos envoltorios que la recubren, como señal de su entrega inmediata, dinamómetros [SSTS 27-12-1.993, 25-10-1.994, y 11-10-1994], balanzas [SSTS 26-02-2004 y 28-04-2005], sustancias aptas para adulterar la materia prima; e) la pureza y cantidad de droga poseída; f) la actitud adoptada por el sujeto al producirse la ocupación de las sustancias prohibidas, como por ejemplo, esconder la sustancia, arrojar la droga [STS 8-07-2005], o realizar maniobras de evasión con su vehículo al constatar la presencia policial [STS 29-04-2005], y otros indicios que dependen del caso concreto a enjuiciar, como pudiera ser un almacén para el depósito de los materiales y sustancias donde se fabrican y custodian los elementos tóxicos a gran escala o la existencia de una balanza para conocer su peso; g) la capacidad adquisitiva del sujeto en relación con el valor de la droga [STS 23-01-2005], como es el caso de carecer de medios laborales [STS 20-02-1995]; y f) hasta expresiones utilizadas en conversaciones [SSTS 07-02-2006 y 02-03-2006].

En el delito de tráfico de drogas, bastaría un solo indicio pero siempre que fuera de especial envergadura, como sería la aprehensión de una gran cantidad de droga, o el grado de su pureza, para llegar por sí solo al convencimiento de la culpabilidad del acusado, aunque debemos de tener en cuenta que dicho dato no tiene por qué ser decisivo, pues como hemos dicho anteriormente, se debe huir de reglas fijas, ya que

⁶ La STS, Sala 2ª, 934/2009, de 23 de septiembre (LA LEY 191985/2009), recoge como prueba indiciaria, además de la tenencia material de la sustancia de riqueza similar a la incautada en el establecimiento, cocaína con una riqueza del 95%, o de una libreta con anotaciones y contabilidad rudimentaria sobre cantidades que están en el mercado del tráfico ilícito, la ocupación de moneda fraccionada en la cantidad de 650 euros.

pueden conducir a incertidumbres, pues los criterios jurisprudenciales establecidos sobre la cantidad y pureza de la droga son meramente orientativos, al igual que la delicada línea que separa al consumidor del camello, debiéndose valorar las circunstancias particulares que concurran en cada caso^{7 8}.

V. LA DECLARACIÓN DEL ACUSADO COMO ELEMENTO VALORATIVO EN LA PRUEBA DE INDICIOS.

Ante la exigencia de una pluralidad de hechos para deducir la comisión del hecho delictivo por aplicación de prueba indiciaria, de particular interés resulta plantear si cabe incluir en el elenco probatorio la propia declaración del acusado.

En efecto, como señala la sentencia del TS de fecha 9 de junio de 1999 (núm. 918/1999) y la más reciente de fecha 17 de noviembre de 2000⁹, no se trata, con la apreciación de este último indicio de valorar contra el acusado sus propias manifestaciones exculpatorias, ni de invertir la carga de la prueba, sino de constatar que existiendo prueba directa de los elementos objetivos del tipo delictivo, y una prueba indiciaria constitucionalmente válida, suficiente y convincente, acerca de la participación en el hecho del acusado, a dicha prueba no se le contraponen una explicación racional y mínimamente verosímil, sino que por el contrario las manifestaciones del acusado por su incoherencia interna y por su incredibilidad, no solamente no desvirtúan sino que refuerzan la convicción racionalmente deducida de la prueba practicada.

Si existe una mínima actividad probatoria que no esté configurada como prueba directa el Tribunal podrá utilizar la propia declaración del acusado en el plenario para de

⁷ La STS, Sala 2ª, 826/2010, de 22 de septiembre (LA LEY 171489/2010), en un delito de tráfico de drogas como el de hachís, recoge como indicios; a) localización de los acusados a escasa distancia del alijo pocos minutos después de su desembarco; b) la descarga de fardos; c) presentar ambos acusados las ropas mojadas de cintura para abajo, pues la entrega de la droga se produce en una zona próxima a la playa; d) desconocimiento del lugar en que se hallaban y de la dirección que debían de tomar; e) huida del lugar. Todos estos datos objetivos y probados directamente por las declaraciones prestadas en juicio oral por los agentes que intervinieron en la operación, se complementan con otros datos aportados por las declaraciones de los acusados.

⁸ Como señalan las muy reciente SSTS 850/2013, de 4 de noviembre, y 1014/2013, de 12 de diciembre, citando la núm. 1102/2003, de 23 de julio, "constituye doctrina reiterada de esta Sala, que la adquisición de sustancias estupefacientes para entregarlas a terceros es un acto de favorecimiento del consumo ilegal de drogas y por lo tanto constituye una conducta típica, y solo excepcionalmente deja de serlo cuando se trata de un supuesto de autoconsumo plural entre consumidores, siempre que concurran las siguientes circunstancias: 1. Que la droga sea facilitada por quién la posee, para su consumo inmediato. 2. Que la cantidad a consumir sea pequeña. 3. Que la acción se produzca en un lugar cerrado sin riesgo por tanto de acceso de terceros. 4. Que los consumidores sean ya adictos a la droga, y no personas a las que se introduce en ello.

⁹ LA LEY JURIS: 1465/2001

la misma inferir la autoría si existe incoherencia con el resto del material probatorio practicado en el plenario. El Tribunal aplicará las máximas de la lógica y la experiencia para entender si la declaración del acusado es verosímil o si resulta coherente, pero deberá explicitar claramente en la sentencia los motivos que le llevan a entender que la declaración del acusado es tenida en cuenta como material que permite formar la denominada cadena de hechos que determinan la existencia de la prueba indiciaria.

El propio TS recuerda en su sentencia de fecha 17 de noviembre de 2000¹⁰ al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en su relevante sentencia *Murray contra el Reino Unido*, de 8 de febrero de 1996, recogió que cuando existen pruebas de cargo suficientemente serias de la realización de un acto delictivo, la ausencia de una explicación alternativa por parte del acusado, explicación «reclamada» por la prueba de cargo y que solamente éste se encuentra en condiciones de proporcionar, puede permitir obtener la conclusión, por un simple razonamiento de sentido común, de que no existe explicación alternativa alguna.

En consecuencia, el Tribunal aplica los requisitos formales y materiales antes exigidos para la apreciación de la prueba indiciaria, incluyendo la propia declaración del acusado. Pero es además, esa declaración del acusado y las contradicciones en las que cae el mismo, la que permite obtener la conclusión de la responsabilidad penal. El Tribunal deberá explicar con detalle cuáles son las contradicciones en las que ha caído el acusado en su declaración en relación con el resto de hechos que han quedado plenamente acreditados, así como el motivo por el que aplicando las reglas de la lógica y las máximas de experiencia el Tribunal entiende que la declaración del acusado es incoherente y da mayor fuerza a un hecho que a esta declaración, además de utilizar la misma, precisamente, para integrar el elenco de hechos que llevan consigo la aplicación de la prueba indiciaria determinante de la responsabilidad penal del acusado.

Finalmente y en estrecha relación con lo expuesto, ha de plantearse la valoración del silencio como indicio de cargo, y al respecto la STS Sala 2ª, S 18-6-2004, [nº 788/2004, rec. 1342/2003; Pte: Giménez García, Joaquín]¹¹ expone que: “Como ya se recoge en la STS 358/2004 de 16 de marzo y en las en ella citadas, tal declaración de la recurrente es perfectamente valorable, pudiendo el Tribunal de instancia, en caso de disparidad de versiones alzaprimar la superior credibilidad de una u otra declaración

¹⁰ LA LEY JURIS: 1465/2001

¹¹ EDJ 2004/82675 STS Sala 2ª de 18 junio 2004

siempre que lo haga de forma razonada. En el presente caso, debemos recordar la doctrina tanto del TEDH como del Tribunal Constitucional que tiene declarado que el silencio del acusado, en el ejercicio de no declarar, puede ser objeto de valoración cuando el cúmulo de pruebas de cargo reclame una explicación, por su parte, de los hechos de suerte que su silencio puede estimarse como una ratificación del contenido incriminatorio de otras pruebas. STEDH caso Murray, 8 de junio de 1996, caso Condrom, de 2 de mayo de 2000 y SSTC 137/98 de 7 de julio y 202/00 de 24 de julio. En esta última se afirma que

“...no puede afirmarse que la decisión de un acusado de permanecer en silencio en el proceso penal no puede tener implicación alguna en la valoración de las pruebas por el Tribunal que le juzga. Bien al contrario, se puede decir que dicha decisión, o la inconsistencia de la versión de los hechos que aporta el acusado habrían de ser siempre tenidas en cuenta por el órgano judicial.... La lícita y necesaria valoración del silencio del acusado como corroboración de lo que ya está probado es una situación que reclama claramente una explicitación del acusado en virtud de las pruebas de cargo aportadas.... de modo que el sentido común dicta que su ausencia (la omisión de declarar) equivale a que no hay explicación posible y que en consecuencia el acusado es culpable....”.

De esta misma Sala podemos citar las SSTS de 554/00 de 27 de marzo y 20 de septiembre de 2000 y 1746/2003 de 23 de diciembre, esta última es la sentencia en la que se resolvió el recurso de casación formalizado por los demás condenados en los hechos enjuiciados. En el mismo sentido, STS 3349/2000 de 24 de mayo.”.

Al hilo de lo anterior, resulta de interés traer a colación el reciente Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala II TS, de 3 de junio de 2015, sobre valor probatorio de la declaración del imputado ante la Policía no corroborada en sede judicial establece:

"Las declaraciones ante los funcionarios policiales no tienen valor probatorio. No pueden operar como corroboración de los medios de prueba. Ni ser contrastadas por la vía del art. 714 de la LECR. Ni cabe su utilización como prueba preconstituida en los términos del art. 730 de la LECR. Tampoco pueden ser incorporadas al acervo probatorio mediante la llamada como testigos de los agentes policiales que las recogieron. Sin embargo, cuando los datos objetivos contenidos en la autoinculpación son acreditados como veraces por verdaderos medios de prueba, el conocimiento de aquellos datos por el declarante evidenciado en la autoinculpación puede constituir un hecho base para legítimas y lógicas inferencias. Para constatar, a estos exclusivos efectos, la validez y el contenido de la declaración policial deberán prestar testimonio en el juicio los agentes policiales que la presenciaron. Este acuerdo sustituye el que sobre la materia se había adoptado en el mes de noviembre de 2006".

* * * * *

Sacramento Ruiz Bosch

Juez Sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia.
Socia de la FICP.

~La figura del agente encubierto~

I. INTRODUCCIÓN

Esta modalidad de actuación de la policía judicial en la investigación de hechos delictivos se introduce en nuestro ordenamiento por la Ley Orgánica 5/99, de 13 de enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras acciones delictivas graves, que añade a nuestra ley procesal penal el artículo 282 bis, con la finalidad de posibilitar el otorgamiento y la utilización de una identidad supuesta a los funcionarios de Policía Judicial en el marco de las investigaciones relacionadas con la denominada “delincuencia organizada”.

El precepto tiene su antecedente en el Derecho Alemán, donde el término *undercover* o agente encubierto se utiliza para designar a los funcionarios de policía que actúan en la clandestinidad, con identidad supuesta y con la finalidad de reprimir o prevenir el delito.¹

La figura del agente encubierto, de frágil límite con la del agente provocador, se introdujo en *nuestro Derecho con la finalidad explícita de facilitar las investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada*.²

En opinión de LÓPEZ MUÑOZ, la regulación del agente encubierto no es en algunos aspectos tan novedosa, ya que lo regulado ha sido la antigua actividad de compra-venta simulada de drogas o de otros efectos, que ya venía amparada en la doctrina del Tribunal Supremo.³

¹ PAZ RUBIO, J. M., en: GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N./LÓPEZ DE BARJA QUIROGA, J./PAZ RUBIO, J. M./PUENTE SEGURA, L./RODRÍGUEZ RAMOS, L., Ley de Enjuiciamiento Criminal y Ley del Jurado, 19ª edición, Colex, Madrid, 2012, p. 204.

² GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI F./VALCÁRCE LÓPEZ, M., (dirs.), Cooperación Internacional frente a la Criminalidad Organizada, Secretariado de Publicaciones, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2001, p. 105.

³ LÓPEZ MUÑOZ, J., Criminalidad Organizada. Aspectos jurídicos y criminológicos, Dykinson, Madrid, 2015, p. 131.

II. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA FIGURA DEL AGENTE ENCUBIERTO

En nuestro ordenamiento jurídico el agente encubierto será el policía judicial especialmente seleccionado, que bajo identidad supuesta actúa pasivamente con sujeción a la ley, o bajo el control del Juez, para investigar delitos propios de la delincuencia organizada y de difícil averiguación, cuando han fracasado otros medios de investigación, o estos sean manifiestamente insuficientes para su descubrimiento.⁴

*El agente encubierto ha de ser siempre un miembro de la Policía Judicial que, autorizado por resolución judicial o por el Ministerio Fiscal, puede bajo una identidad supuesta infiltrarse en una organización delictiva para investigar delitos determinados anteriores o reventar los futuros, estando legitimado incluso para realizar actos que tendría la consideración de delictivos, pero amparados por la ley a los fines de descubrir la trama criminal, a cuyo fin la norma le exime de responsabilidad penal.*⁵

La figura del agente encubierto se produce cuando los agentes de la autoridad sospechan o conocen la existencia de una actividad delictiva y se infiltran entre quienes la llevan a cabo, en busca de información o pruebas que permitan impedir o sancionar el delito. En estas ocasiones, la decisión de delinquir ya ha surgido firmemente en el sujeto con independencia del agente, que, camuflado bajo una personalidad supuesta, se limita a comprobar la actuación del delincuente e incluso a realizar algunas actividades de colaboración con el mismo, en la actualidad reguladas, desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, en el artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que se refiere, concretamente, a adquirir y transportar los objetos, instrumentos o efectos del delito. La intervención policial puede producirse en cualquier fase del *iter criminis*, en el momento en que el delito ya se ha cometido o se está cometiendo, especialmente en delitos de tracto sucesivo como los de tráfico de drogas, y aun en sus fases iniciales de elaboración o preparación, siendo lícita mientras permita la evolución libre de la voluntad del sujeto y no suponga una inducción a cometer el delito que de alguna forma la condicione.

⁴ PAZ RUBIO, J. M., en: GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N./LÓPEZ DE BARJA QUIROGA, J./PAZ RUBIO, J. M./PUENTE SEGURA, L./RODRÍGUEZ RAMOS, L., Ley de Enjuiciamiento Criminal y Ley del Jurado, p. 204.

⁵ ASECIO MELLADO, J. M., Derecho Procesal Penal. 6ª edición, Tirant lo Blanc, Valencia 2012, p. 163.

La jurisprudencia ha destacado el carácter absolutamente excepcional de esta medida de investigación criminal.

El número de los agentes encubiertos y los cambios que se vayan produciendo a lo largo de la investigación tendrán que ser autorizados por el Juez competente.⁶

El agente encubierto actúa siempre bajo una identidad supuesta, motivo por el que no estará obligado a proporcionar su verdadera identidad al momento de declarar en el juicio oral, pues nada aportaría al proceso el conocimiento de una identidad ajena por completo a la investigación.⁷ *Y es lógico que se reserve secretamente el nombre verdadero, al constituirse en una presunción iuris et de iure el peligro de la seguridad personal del agente.*

*La identidad supuesta la otorga el Ministerio del Interior, en resolución distinta de la judicial, por un plazo inferior a 6 meses, aunque prorrogables por periodos de igual duración. Esa identidad le otorga legitimación para actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta, y participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad. La redacción de los dos primeros párrafos del artículo 282 bis, apartado 1º, LECrim, parece indicar que además de la resolución judicial autorizante de la medida, que necesariamente se unirá al procedimiento penal, existirá otra resolución dictada por el Ministerio del Interior a los solos efectos de conceder la identidad supuesta, y que por las razones de seguridad expuestas no tendrá entrada a las actuaciones judiciales.*⁸

El agente encubierto podrá ser protegido por las medidas establecidas en la LO 19/1994, de 23 de diciembre de Protección de testigos y peritos en causas criminales.⁹

No obstante, peligrosamente, el Juez tiene la facultad de poder optar, según su criterio, por obligar al agente encubierto a declarar con su identidad real, lo que constituye un riesgo para el agente de policía que en la totalidad de los casos,

⁶ PAZ RUBIO, J. M., en: GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N./LÓPEZ DE BARJA QUIROGA, J./PAZ RUBIO, J. M./PUENTE SEGURA, L./RODRÍGUEZ RAMOS, L., Ley de Enjuiciamiento Criminal y Ley del Jurado, p. 205.

⁷ ASENSIO MELLADO, J. M., Derecho Procesal Penal, 2012, p. 163.

⁸ PAZ RUBIO, J. M., en: GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N./LÓPEZ DE BARJA QUIROGA, J./PAZ RUBIO, J. M./PUENTE SEGURA, L./RODRÍGUEZ RAMOS, L., Ley de Enjuiciamiento Criminal y Ley del Jurado, pp. 204-205.

⁹ RODRÍGUEZ NUÑEZ, A./IBÁÑEZ LÓPEZ-POZAS, F. L., en: RODRÍGUEZ NUÑEZ, A. (coord.), ARANDA GUERRERO, F. J./COLLADO MEDINA, J./GONZÁLEZ MÁS, J. L./IBÁÑEZ LÓPEZ-POZAS, F. L./MAGAZ ÁLVAREZ, R./MANZANERO PUEBLA, A. L./OTERO SORIANO, J. M./PARDO MATEOS, R. J./PECHARROMÁN LOBO, Y./TOVAL MARTÍN, L., La investigación policial y sus consecuencias jurídicas, Dykinson, Madrid, 2.013, p. 151.

*“desprendido de miedos y con espíritu de servicio a la sociedad tuvo la tenacidad de entrar a formar parte de una organización criminal”, bajo el amparo de una ley que dejará en una inseguridad jurídica a los miembros de la fuerzas de seguridad que se ven abocados a realizar operaciones de infiltración en bandas criminales.*¹⁰

III. ÁMBITO OBJETIVO DE ACTUACIÓN DEL AGENTE ENCUBIERTO

La actuación del agente encubierto viene limitada a los delitos de naturaleza grave y compleja, *en el ámbito de las actividades propias de la delincuencia organizada, que vienen enunciados en el artículo 282 bis, apartado 4, LECrim, apartado que fue objeto de modificación por la LO 5/2010, de 22 de junio. Estos delitos son:*

a.- Delitos de obtención, tráfico ilícito de órganos humanos y trasplante de los mismos, previstos en el artículo 156 bis del Código Penal.

b.- Delito de secuestro de personas previsto en los artículos 164 a 166 del Código Penal.

c.- Delito de trata de seres humanos previsto en el artículo 177 bis del Código Penal.

d.- Delitos relativos a la prostitución previstos en los artículos 187 a 189 del Código Penal.

e.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico previstos en los artículos 237, 243, 244, 248 y 301 del Código Penal.

f.- Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los artículos 270 a 277 del Código Penal.

g.- Delitos contra los derechos de los trabajadores previstos en los artículos 312 y 313 del Código Penal.

h.- Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros previstos en el artículo 318 bis del Código Penal.

i.- Delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada previstos en los artículos 332 y 334 del Código Penal.

¹⁰ LÓPEZ MUÑOZ, J., Criminalidad Organizada, 2015, p. 131, con cita de MORENO CATENA, V., Los agentes encubiertos en España. Revista Otrosí, nº 10, Colegio de Abogados de Madrid, 1999, p. 44.

j.- Delito de tráfico de material nuclear y radiactivo previsto en el artículo 345 del Código Penal.

k.- Delitos contra la salud pública previstos en los artículos 368 a 373 del Código Penal.

l.- Delitos de falsificación de moneda, previsto en el artículo 386 del Código Penal, y de falsificación de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje, previsto en el artículo 399 bis del Código Penal.

m.- Delito de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos previsto en los artículos 566 a 568 del Código Penal.

n.- Delitos de terrorismo previstos en los artículos 572 a 578 del Código Penal.

o.- Delitos contra el patrimonio histórico previstos en el artículo 2.1.e de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando.

NIETO MARTIN *critica que no se hayan incluido los delitos contra la Administración Pública, puesto que sí están incluidos delitos de características criminológicas similares, como los socioeconómicos, y en los que además el estado de necesidad probatorio no tiene porqué ser tan agudo.*¹¹

IV. EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL.

El agente encubierto ha de tratarse de un miembro de la Policía Judicial que, por resolución motivada, recibe una especie de autorización para transgredir la norma respecto a alguno de los delitos que se relacionan en el art. 282 bis, una especie de excusa absolutoria impropia recogida en una norma procesal. La exención de la responsabilidad criminal por los delitos en los que hubiera podido incurrir el agente encubierto se refiere a aquellas ilicitudes cometidas y que sean consecuencia directa de la autorización para la que se le confiere la condición de agente encubierto. Esa autorización no comprende la realización de actividades que puedan lesionar derechos fundamentales. En tales supuestos, el art. 282 bis dispone que cuando las actuaciones de investigación puedan afectar a derechos fundamentales, el agente encubierto deberá solicitar del órgano judicial competente las autorizaciones que, al respecto, establezcan

¹¹ NIETO MARTÍN, A., Sección II: La corrupción en las transacciones comerciales internacionales, en: NIETO MARTÍN, A., (coord.) Estudios de Derecho Penal. Ediciones del Instituto penal europeo e internacional de la Universidad de Castilla-La Mancha y Grupo español de la AIDP, Ciudad Real, 2004, p. 96.

la Constitución y la ley y cumplir con las demás previsiones legales aplicables (STS 395/2014, de 13 de mayo, ponente Martínez Arrieta).

El párrafo primero del apartado 5º del artículo 282 bis LECrim afirma la exención de responsabilidad criminal del agente encubierto por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación y siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación al delito. La exención de responsabilidad exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

a.- Ha de tratarse de un agente encubierto, en el sentido *anteriormente expuesto*.

b.- Las *actuaciones realizadas por el agente encubierto que generan la exención de responsabilidad criminal han de ser consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, es decir, si no son una consecuencia necesaria, no habrá exención de responsabilidad. El examen sobre la necesidad de la actuación ha de realizarse ex ante*, lo que significa que aunque un examen *ex post* revelara la innecesariedad de la actuación, no por ello debe inaplicarse la exención si un examen *ex ante* pone de manifiesto lo acertado de la conclusión sobre la necesidad de llevar a cabo la actuación.

c.- Proporcionalidad: la ley no dice ni quiere que sea examinada la proporcionalidad de la actuación individualmente considerada, sino que el test de proporcionalidad ha de ser aplicado en relación a la finalidad de la investigación. La proporcionalidad se averiguará tomando en consideración la actuación del agente encubierto y la finalidad de la investigación. Lo correcto es pensar que la finalidad de una investigación es averiguar quién ha sido el autor y el partícipe del hecho así como las demás circunstancias del mismo, por lo que desde este punto de vista *nunca será proporcional una actuación que tenga una finalidad distinta. Existen límites constitucionales que resultarán de gran ayuda a la hora de restringir el ámbito de aplicación del apartado 5º del artículo 281 bis CP. Y así, interceptar comunicaciones telefónicas, telegráficas o postales, o realizar entradas y registros pueden ser consideradas consecuencias necesarias e incluso proporcionadas con la investigación que se lleva a cabo, pero si el agente encubierto realiza estas actuaciones sin contar con la previa autorización judicial, estará llevando a cabo acciones delictivas que nunca podrán ser amparadas por la exención de responsabilidad del apartado 5º. La Constitución impide que ciertas prácticas puedan resultar legítimas. El legislador fue consciente de ello, por eso en el apartado 3º del artículo 282 bis LECrim señala que*

cuando las actuaciones de investigación puedan afectar a los derechos fundamentales, el agente encubierto deberá solicitar al órgano judicial competente las autorizaciones que establezca la Constitución y la Ley, así como cumplir las demás previsiones legales aplicables.¹²

d.- Ausencia de provocación. El último requisito previsto es que la actuación del agente encubierto para estar exenta *de responsabilidad criminal no ha de constituir una provocación al delito*¹³, pues distinto del agente encubierto es el del delito provocado por las Fuerzas de Seguridad.¹⁴

En modo alguno el agente encubierto podrá instar la provocación de un delito, es decir, actuar como inductor en la comisión de un hecho delictivo, ya que una cosa es intervenir en una organización y participar en sus actividades ilícitas con el objeto de obtener información, y otra bien distinta es provocar él mismo la comisión de un delito. Por ello, el artículo 282 bis, apartado 5, LECrim, establece que si el agente encubierto provoca un delito no quedará amparado por la exención de responsabilidad que el mismo establece.¹⁵

La existencia del delito provocado supone que el agente policial induce a otra persona a delinquir, de suerte que sin esa inducción tal persona no habría cometido el delito. En síntesis, es el agente provocador quien injerta el dolo de delinquir en la otra persona, por lo que el delito cometido por éste, sería delito provocado (STS de 10 de mayo de 2013, rec. 39/201).

Diferente es la actuación del agente encubierto que con conocimiento de la intención de delinquir ya existente en la persona concernida, trata con su actuación de obtener pruebas del delito que se quiere cometer.

El delito provocado se integra por una actuación engañosa del agente policial que supone una apariencia de delito, ya que desde el inicio existe un control absoluto por parte de la policía. Supuesto distinto es la actividad del agente tendente a verificar la comprobación del delito. No puede pues confundirse el delito provocado instigado por el agente con el delito comprobado a cuya acreditación tiende la actividad policial.

¹² LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., Instituciones de Derecho Procesal Penal, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, Argentina, 2001, pp. 170-172.

¹³ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., Instituciones, 2001, p. 172.

¹⁴ PAZ RUBIO, J. M., en: GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N./LÓPEZ DE BARJA QUIROGA, J./PAZ RUBIO, J. M./PUENTE SEGURA, L./RODRÍGUEZ RAMOS, L., Ley de Enjuiciamiento Criminal y Ley del Jurado, p. 205.

¹⁵ ASENSIO MELLADO, J. M., Derecho Procesal Penal, 2012, p. 163.

El delito provocado se integra por tres elementos:

a) Un elemento subjetivo constituido por una incitación engañosa a delinquir por parte del agente a quien no está decidido a delinquir.

b) Un elemento objetivo teleológico consistente en la detención del sujeto provocado que comete el delito inducido.

c) Un elemento material que consiste en la inexistencia de riesgo alguno para el bien jurídico protegido, y como consecuencia la atipicidad de tal acción. (STS de 10 de mayo de 2013, rec. 39/2012)

El delito provocado es una rechazable e inadmisibles actividad policial que traspa los límites de la legalidad (STS 571/2008). La policía está para impedir la comisión de delitos y detener a los autores pero no para inducir a terceros a delinquir (SSTS 1114/2002, 848/2003, 1110/2004, 1154/2006, 975/2007, 571/2008 y 313/2011).

Ciertamente, en teoría es clara la diferenciación entre el delito provocado instigado por la policía, y aquella otra actividad policial tendente a acreditar el delito ya decidido de forma autónoma y libre por la persona concernida reduciéndose la actividad del agente policial a comprobar tal delito, pero en la práctica pueden darse situaciones ambiguas, a resolver en cada caso con el estudio de las circunstancias concretas. Pero en cualquier caso, la actuación policial no puede suponer una provocación, pues la decisión del sujeto activo siempre debe ser libre y anterior a la intervención puntual del agente encubierto, aunque éste, siempre por iniciativa del autor de la infracción criminal, llegue a ejecutar labores de adquisición o transporte de los efectos del delito, u otras tareas de auxilio o colaboración similares, simulando así una disposición a delinquir que permite una más efectiva intervención policial.

La actuación del agente encubierto tendente a acreditar el delito es perfectamente diferenciable de la provocación delictiva o mediación engañosa, que supone injertar en otra persona el dolo de delinquir y cuando esto se hace con la colaboración policial (STS 1166/2009 de 19 de noviembre), situación se produce el efecto perverso de que la policía lejos de prevenir el delito, instiga a su comisión (elemento subjetivo) bien que sin poner en riesgo ningún bien jurídico, pues en la medida que lo apetecido es la detención del provocado (elemento objetivo), toda la operación está bajo el control policial por lo que no hay tipicidad ni culpabilidad, ya que los agentes de la autoridad tienen un control absoluto sobre los hechos y sus eventuales consecuencias (elemento

material), siendo estos tres elementos los que vertebran y arman la construcción del delito provocado, figura que es distinta a la actividad del agente encubierto que tiende exclusivamente a hacer aflorar a la superficie, la actividad delictiva de quien por su propia voluntad y sin instigación ajena, está dedicado a una actividad delictiva.

No existe delito provocado en casos de comprobación delictiva de una previa ideación criminal, cuando el investigado no comete el delito como consecuencia de la actuación policial, a modo de inducción o instigación, sino que ya está resuelto a cometerlo, o bien se dedica a una permanente actividad criminal, que únicamente pretende comprobarse. En esos casos, los funcionarios policiales no provocan nada, sino que se limitan a comprobar la veracidad de la *notitia criminis*, mediante técnicas de investigación, que bien pueden consistir en la comprobación directa de los hechos denunciados. Obsérvese que no solamente se trata de obtener pruebas de lo que un tercero les informa acerca de una realidad delictiva ya existente, o, si se quiere, permanente, sino de impedir la continuación del delito, y eventualmente, la detención de sus autores, para frustrar nuevas realidades delictivas (STS STS de 27 de diciembre de 2001).

En cualquier caso, debe quedar claro que la exención no alcanza a los supuestos constitutivos de provocación del delito, pues al margen de las deficiencias técnicas, parece claro que continúa plenamente vigente la distinción entre provocación policial, impune, y provocación al delito, punible.¹⁶

Por otra parte, el Tribunal Supremo ha resaltado que el hecho de que un funcionario policial lleve a cabo tareas de investigación antes de llegar a tener el carácter de agente encubierto que regula el art. 282 bis no implica que no pueda servir válidamente como testigo respecto a lo visto y oído en tiempo anterior. Lo que diferenciará uno y otro tiempo, según la jurisprudencia, es que la exención de responsabilidad penal, que regula el número 5 de dicho artículo, para actividades dotadas de proporcionalidad con la finalidad de la investigación y que no constituyan provocación al delito, no será aplicable al período previo (SSTS 755/2013, de 28 de junio, 154/2009, 6 de febrero y 655/2007, 25 de junio).

¹⁶ GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRRADI F./VALCÁRCE LÓPEZ, M., (dirs.), Cooperación Internacional, 2001, p. 105.

V. INCORPORACIÓN AL PROCESO PENAL DEL MATERIAL OBJETO DE INVESTIGACIÓN POR EL AGENTE ENCUBIERTO

La labor de la Policía Judicial resulta esencial en el proceso penal, y así lo reconocen tanto la Ley de Enjuiciamiento Criminal como las distintas normas reguladoras de la Policía Judicial (Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, RD 769/1987, de 19 de junio, sobre regulación de la Policía Judicial). Que el papel de la Policía Judicial en el proceso penal español actual ha cambiado es algo evidente. Su movilidad, su inmediación respecto a los hechos y su propia preparación en orden a la investigación criminal, hacen de la Policía Judicial un elemento insustituible en la averiguación de los delitos. Sin embargo, su intervención se enfrenta al problema de una regulación legal parca e insuficiente que ni tan siquiera acoge las funciones que la propia práctica ha impuesto y que normalmente desarrolla la Policía Judicial, de manera que existen intervenciones policiales que no gozan de cobertura legal adecuada. Por otra parte, el valor probatorio que se otorga a los actos de la Policía Judicial tampoco está previsto en la ley, en clara correlación a que tampoco se regula su actividad, por lo que es la jurisprudencia la que viene marcando, no siempre de forma unánime y uniforme, las pautas al respecto.¹⁷

Para ASECIO MELLADO la mejor definición de los actos de investigación es la que se contiene en el artículo 299 LECrim cuando ofrece el concepto del sumario, que según el precepto, está constituido por todas las actuaciones encaminadas a averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y la culpabilidad de los delincuentes. Desde este punto de vista, los actos de investigación deberían agotar su vigencia en la fase de instrucción, y en el juicio oral practicarse los medios de prueba sobre los que fundamentar la sentencia. Pero muchos actos de investigación, policiales, fiscales o judiciales, tienen el carácter de irrepetibles, por lo cual han de extender sus efectos hasta el juicio oral y gozar de valor probatorio. De ahí la importancia de extremar las garantías en su práctica.¹⁸

¹⁷ ASECIO MELLADO, J. M., Derecho Procesal Penal, 2012, pp. 93-94.

¹⁸ ASECIO MELLADO, J. M., Derecho Procesal Penal, 2012, p. 149.

Los actos de investigación llevados a cabo en la fase de investigación que sean irrepetibles podrán adquirir valor probatorio siempre que se hayan ejecutado con respeto a las normas de procedimiento.¹⁹

El material objeto de la investigación del agente encubierto debe ser incorporado al proceso penal para acreditar el hecho, señalando la ley procesal que el agente deberá dar cuenta a la mayor brevedad a la autoridad que le nombró y su información aportarse al proceso en su integridad, correspondiendo su valoración al órgano judicial competente (STS 395/2014, de 13 de mayo, ponente Martínez Arrieta).

Como es de lógica, las actuaciones realizadas por el agente encubierto no podrán ser practicadas en el juicio oral por su carácter irrepetible, por lo que tan solo cabrá su ratificación formal cuando sea necesario llamar a los autores para impugnar el modo en que se hayan realizado, que deberá adoptar la forma apropiada a la naturaleza del delito investigado, y con las garantías de seguridad previstas en la ley respecto del agente (*LO 19/1994, de 23 de diciembre de Protección de testigos y peritos en causas criminales*).

El problema que suscitan los agentes encubiertos en lo concerniente a sus declaraciones y a la ponderación de las mismas, se refiere, por lo general, a casos en los que se pretende hacer valer mediante testigos de referencia, las informaciones proporcionadas por el agente infiltrado sin que éste haya comparecido en el juicio oral (SSTC 146/2003 de 14 de junio, 41/2003 de 27. De febrero y 119/2002 de 25 de noviembre), no siendo factible tal posibilidad.

VI. LA CONDICIÓN DE PROCEDIBILIDAD PREVISTA EN EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL APARTADO 5º DEL ARTÍCULO 282 BIS DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

*El párrafo segundo del apartado 5º del artículo 282 bis LECrim, contiene una condición de procedibilidad consistente en que para poder proceder penalmente contra el agente encubierto es preciso que el Juez competente requiera informe de quien hubiere autorizado la identidad supuesta. De manera que el informe aparece como una condición para que pueda perseguirse al agente.*²⁰

¹⁹ ASENCIO MELLADO, J. M., Derecho Procesal Penal, 2012, p. 281.

²⁰ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., Instituciones, 2001, p. 172.

No existe acuerdo en la doctrina española acerca de los denominados requisitos o condiciones de procedibilidad o de perseguibilidad, no siempre de fácil distinción respecto de otras figuras afines como las condiciones objetivas de punibilidad.

*Para DELITALA las condiciones de procedibilidad consisten en verdaderos actos jurídicos destinados y coordinados exclusivamente al proceso penal, mientras que las condiciones objetivas de punibilidad no son actos, sino hechos jurídicos.*²¹ *QUINTANO se refirió a supuestos de “ejercicio condicionado” (de la acción penal).*²²

*LUZÓN CUESTA y CEREZO MIR incluyen dentro de esta categoría la previa licencia del Juez o Tribunal en los delitos de calumnias o injurias vertidas en juicio.*²³ *A mi modo de ver, mutatis mutandi, esta tesis resulta extrapolable a la autorización o licencia prevista para la perseguibilidad de los delitos que pudiera haber cometido el agente encubierto en la misión encomendada. Según el Tribunal Constitucional (STC 100/1987, de doce de abril), referida al supuesto referido de licencia judicial para la persecución de la calumnia o injuria vertida en juicio, la exigencia de licencia y su eventual denegación no vulneran el derecho a la tutela judicial efectiva, si bien, su otorgamiento no es cuestión dejada al arbitrio judicial, sino que debe resolverse en atención a la finalidad de la institución, palabras que en esencia considero plenamente extrapolables y aplicables a la autorización judicial que ahora examinamos, que responde a la misma ratio decidendi.*

*En opinión de LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, parece que hubiera sido más correcta la ubicación de esta exención de responsabilidad criminal en el Código Penal, salvo que se piense que se trata de una condición de exención concreta y sólo aplicable en función de las características especiales del autor.*²⁴

Siguiendo a este último autor, la mecánica de esta cuestión resulta sencilla: el Juez competente para el conocimiento de las acciones delictivas, cuando tenga conocimiento de que el responsable de ellas es un agente encubierto, debe pedir informe al Juez que autorizó la existencia del agente encubierto, y una vez con el informe en su poder, resolverá lo procedente. El párrafo segundo del apartado 5º del artículo 282 bis parece restringir el informe a la circunstancia relativa al hecho de que

²¹ CEREZO MIR, J., Curso de Derecho Penal Español. Parte General, Tecnos, Madrid, 2001, p. 275.

²² LUZÓN CUESTA, J. M., Compendio de Derecho Penal. Parte General. Dykinson, Madrid, 1997, p. 149.

²³ LUZÓN CUESTA, J. M., Compendio, 1997, p. 149, y CEREZO MIR, J., *op. cit.*, p. 275.

²⁴ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., Instituciones, 2001, p. 172-173.

*tal persona está autorizada para tener una identidad supuesta y actuar como agente encubierto, sin embargo, si el informe abarcara tan sólo este extremo quedaría el Juez competente imposibilitado para aplicar el párrafo primero de este apartado 5º, es decir, la exención de responsabilidad del agente encubierto. Pues en efecto, con el informe, el Juez competente debe decidir si prosigue o no la causa contra el agente encubierto, y por tanto si procede o no la exención de responsabilidad. Para ello precisa examinar la concurrencia de los requisitos exigidos en el primer párrafo del apartado 5º, y si el informe no los refleja, el Juez de instrucción competente no podrá resolver de acuerdo con la exención y deberá proceder contra el agente encubierto, sin perjuicio de que durante el juicio oral pueda suscitarse y examinarse nuevamente la concurrencia de la exención. Lógicamente el Juez competente deberá dictar resolución motivada, que será recurrible conforme a las reglas generales, dependiendo de que se trate del procedimiento abreviado o del ordinario.*²⁵

Si consideramos que la naturaleza jurídica de la exención es la de constituir una causa de justificación, esto implica que la exención ampara a los partícipes, tanto en el ámbito de la responsabilidad penal como de la responsabilidad civil. Por el contrario, si estimamos que su naturaleza jurídica es la de una excusa absolutoria, habrá responsabilidad penal y civil de los partícipes y la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, salvo que se conforme como una excusa absolutoria de carácter objetivo, en cuyo caso la responsabilidad penal del partícipe podría quedar excluida. En cualquier caso, la responsabilidad civil del Estado existe por el funcionamiento normal o anormal de los Servicios Públicos.²⁶

VII. BIBLIOGRAFÍA

ASENCIO MELLADO, J. M., Derecho Procesal Penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

CEREZO MIR, J., Curso de Derecho Penal Español. Parte General, Tecnos, Madrid, 2001.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N./LÓPEZ DE BARJA QUIROGA, J./PAZ RUBIO, J. M./PUENTE SEGURA, L./RODRÍGUEZ RAMOS, L., Ley de Enjuiciamiento Criminal y Ley del Jurado, 19ª edición, Colex, Madrid, 2012.

GUTIERREZ-ALVIZ CONRADI F./VALCÁRCE LÓPEZ, M., (dirs.) Cooperación Internacional frente a la Criminalidad Organizada, Secretariado de Publicaciones, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2001.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., Instituciones de Derecho Procesal Penal, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, Argentina, 2001.

LÓPEZ MUÑOZ, J., Criminalidad Organizada. Aspectos jurídicos y criminológicos, Dykinson, Madrid, 2015.

²⁵ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., Instituciones, 2001, p. 172-173.

²⁶ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., Instituciones, 2001, p.173.

LUZÓN CUESTA, J. M., Compendio de Derecho Penal. Parte General, Dykinson, Madrid, 1997.

NIETO MARTÍN, A., (coord.) Estudios de Derecho Penal. Ediciones del Instituto penal europeo e internacional de la Universidad de Castilla-La Mancha y Grupo español de la AIDP, Ciudad Real, 2004, Sección II: La corrupción en las transacciones comerciales internacionales, pp. 45-194.

RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A. (coord.)/ARANDA GUERRERO, F. J./COLLADO MEDINA, J./J GONZÁLEZ MÁS, J. L./IBÁÑEZ LÓPEZ-POZAS, F. L./MAGAZ ÁLVAREZ, R./MANZANERO PUEBLA, A. L./OTERO SORIANO, J. M./PARDO MATEOS, R. J./PECHARROMÁN LOBO, Y./TOVAL MARTÍN, L., La investigación policial y sus consecuencias jurídicas, Dykinson, Madrid, 2.013.

* * * * *

Joana Ruiz Sierra

Juez Sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Abogada no ejerciente del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia. Socia FICP.

~Mediación penal en España desde el punto de vista de la víctima~

Resumen.- Víctima y mediación penal de adultos en España, su presente, presidido por el principio de legalidad y por una idea de justicia retributiva, con las pequeñas concesiones a la justicia restaurativa. El sentimiento de insatisfacción de los intervinientes en el tradicional proceso penal. La legislación europea de protección a la víctima de los delitos. La mediación penal en el futuro proceso penal, como mecanismo complementario que no alternativo. Y un breve examen de la ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito y del borrador del Código Procesal Penal en trámite legislativo.

Palabras clave.- Justicia penal, justicia retributiva y legalidad, justicia restaurativa, mediación penal y víctima, delito y proceso penal, estatuto de la víctima.

I. INTRODUCCIÓN

Como decía el insigne jurista alemán RADBRUCH (1956)¹ debemos “*dar a nuestra sociedad no un mejor derecho penal, sino algo mejor que el derecho penal.*”

Desde finales del siglo XX, se alzan distintas voces doctrinales que postulan la necesidad de superar, ampliar o complementar el sistema judicial penal español, regido por el principio de legalidad y de justicia retributiva. En este sistema, los poderes públicos están obligados a actuar penal y procesalmente cuando tienen noticia de la comisión de unos hechos delictivos, además de estar fundado en la pena y en el castigo al culpable. Qué se pretende incluir, lo que se conoce como justicia restaurativa², ésta desarrolla una función de prevención, apuesta por una mayor atención a las víctimas, por espacios de comunicación entre víctima y victimario, y se rige en su caso, por el principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal.

El presente trabajo, por un lado, pone en evidencia que España es uno de los pocos países europeos que carece de regulación de la mediación penal de adultos, y por otro lado, el escaso protagonismo de las víctimas del delito en el derecho penal y en el derecho procesal penal.

Cierto es, que tras la promulgación de nuestra Constitución, con el ejercicio exclusivo por el Estado del *ius puniendi* y los principios y garantías penales elevadas a rango constitucional, han determinado que la mediación penal tuviera y tenga escasa

¹ RADBRUCH, G., Rechtsphilosophie. 5ª ed. Stuttgart, 1956, p. 269

² Véase a SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.J., El significado innovador y la viabilidad de la justicia terapéutica, restaurativa y procedimental en nuestro Ordenamiento Jurídico, Cuadernos penales José María Lidón. Madrid, nº. 9, CGPJ, 2013, pp. 21-58, que añade a la justicia restaurativa, la justicia terapéutica y la justicia procedimental

relevancia y posibilidades de practicarse³. Aun así, hoy amparada por la legislación internacional y en menor medida nacional, no debe ser un obstáculo su admisibilidad, sin que ello suponga un abandono de dichos principios y garantías sino como un camino más.

En definitiva, víctima y mediación penal de adultos en España, su presente y su futuro, sin incluir la violencia de género que participa de unos intereses y problemática propia.

II. MARCO LEGAL. INTERNACIONAL Y NACIONAL⁴

En el ámbito de las Naciones Unidas⁵ de la cual formamos parte y además, durante el binomio 2015-2016 como miembro no permanente del Consejo de Seguridad, se han impulsado diversas iniciativas relacionadas con la mediación en asuntos penales. Así, la inicial Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985⁶, bajo la rúbrica “*acceso a la Justicia y trato justo*”, prevé en su número 7 que: “Se utilizarán, cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinarias o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación a favor de las víctimas”.

Obviamente, a nadie se le escapa que se condiciona su aplicación a cuando proceda. Hasta las distintas resoluciones dictadas por el Consejo Económico y Social (ECOSOC), destacando la Resolución 2002/12 sobre Principios básicos para la aplicación de programas de justicia restaurativa en materia penal⁷, documento que no tiene fuerza vinculante, pero que entiende a la Justicia Restaurativa como “respuesta evolutiva al delito que respeta la dignidad y la igualdad de todas las personas, favorece el entendimiento y promueve la armonía social mediante la recuperación de las víctimas, los delincuentes y las comunidades”, buscando su implantación

³ Para una mejor comprensión de nuestro sistema penal, sobre los principios penales y garantías constitucionales véase a BARONA VILAR, S., Solución extrajudicial de conflictos, Alternative dispute resolution (ADR) y Derecho Procesal. Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 287-309 y QUINTERO OLIVARES, G., Derecho Penal Parte General. Barcelona, Graficas Signo, 1986, pp. 58-110

⁴ Véase para mayor detalle a GUARDIOLA GARCÍA, J. Módulo III. Marco legal de la Mediación Penal. Valencia, Alfa Delta Digital, 2014, pp. 6 -46

⁵ (Verificado el 30.03.15) <http://www.un.org/es/home/index.html>

⁶ (Verificado el 30.03.2015)

<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/VictimsOfCrimeAndAbuseOfPower.aspx>

⁷ (Verificado el 30.03.2015) http://www.ararteko.net/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/0_1080_1.pdf

complementaria en los sistemas de justicia penal tradicional. Finalmente, en el año 2006 la Oficina de las Naciones Unidas sobre la Droga y el Delito (UNODC) publicó en 2006 Manual de programas de Justicia restaurativa⁸, que atiende específicamente a la mediación autor-víctima.

También el Consejo de Europa⁹ a través de diferentes resoluciones ha impulsado la mediación penal. El referente fundamental es la Recomendación (99) 19, sobre Mediación en Asuntos Penales¹⁰, dedicada íntegramente a esta materia y sus revisiones posteriores.

En el ámbito de la Unión Europea, primero, la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo (2001/220/JAI), relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal¹¹ como, segundo, la reciente Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos¹², que sustituye a la anterior, han marcado y marcan una serie de pautas para la implantación de la justicia restaurativa en los países integrantes de la Unión Europea. La citada Decisión Marco ya establecía en sus artículos 10 y 17:

"... Los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales (...). Velarán para que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación (...). Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales necesarias para dar cumplimiento a lo estipulado, a más tardar el 22 de marzo de 2006".

Sin embargo, el Estado español ha pospuesto la introducción de esta figura en nuestra legislación, a salvo la delincuencia juvenil. Las razones¹³ según la respuesta parlamentaria escrita 4/001242/0000 de 9 de julio de 2004 porque

“se trata de una cuestión que se aborda dentro de la reforma legal de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, donde se examinará la conveniencia de su incorporación, así como las cuestiones relativas a los tipos penales donde puede aplicarse, la determinación de los mediadores, los efectos y consecuencias de la misma”.

⁸(Verificado el 30.03.2015) http://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf.

⁹(Verificado el 1.04.2015) www.coe.int

¹⁰(Verificado el 2.04.2015)

<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=420059&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383>

¹¹(Verificado el 30.03.2015) <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:32001F0220>

¹²(Verificado el 30.03.2015) <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=OJ:L:2012:315:TOC>

¹³ MONTERO HERNANZ, T., La mediación penal en España. Actualidad Jurídica Aranzadi (AJA), 2013, nº 868, p. 8

Destacar de esta declaración que ya anuncia la necesidad de una reforma legislativa alrededor de la Ley Enjuiciamiento Criminal, y los aspectos a regular: los tipos penales mediables, selección y formación de los mediadores y efectos jurídicos de los acuerdos.

La Directiva¹⁴ obliga a los Estados de la Unión Europea a adoptar medidas para proteger a la víctima contra la victimización secundaria, para garantizar que aquellas víctimas que opten por participar en procesos de justicia reparadora tengan acceso a dichos servicios, fijando el 16 de noviembre de 2015 (artículo 27) como fecha última para poner en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias. Dando respuesta a esta exigencia acaba de aprobarse el Estatuto de la víctima del delito¹⁵.

Centrándonos en el derecho español, ni el Código Penal de 1995 (al menos hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo¹⁶ de reforma del mismo de la que después se tratará) ni la Ley de Enjuiciamiento Criminal incorporan alusión alguna a la mediación, ello pese a estas obligaciones europeas. El primer intento de regulación de la mediación penal en España fue el anteproyecto de Código Procesal Penal presentado por el entonces Ministro de Justicia Señor Caamaño¹⁷, poco antes de que se convocaran las elecciones. Tras el cambio de gobierno, se retoma la necesidad de modificar y adaptar a los nuevos tiempos nuestra ley procesal de 1882, culminando con la actual propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2 de marzo de 2012¹⁸. Este texto incluye a la mediación penal en los artículos 143 a 146 prevén la introducción de la institución de la mediación penal como forma de solución voluntaria del conflicto entre el infractor y la víctima. En su exposición de motivos indica que su regulación obedece a obligaciones internacionales contraídas por España como también a una necesidad sentida y reclamada por la práctica. Esa sucinta regulación hará

¹⁴ Para una mejor comprensión de esta Directiva y lo que supone para la víctima, véase CAMARENA GRAU, S., Módulo II. La Justicia Restaurativa. Valencia, Alfa Delta Digital, 2013, pp. 5-35

¹⁵ Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. Boletín Oficial del Estado, 28 de abril de 2015. Entrará en vigor a los seis meses de su publicación, disposición final sexta. (Verificado el 29.05.2015) <https://www.boe.es/boe/dias/2015/04/28/>

¹⁶ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, 31 de marzo de 2015. (Verificado el 29.05.2015) <https://www.boe.es/boe/dias/2015/03/31/>

¹⁷ DE VICENTE CASILLAS, C., La mediación en España. Algunos ejemplos europeos. Mediación y Violencia contra la mujer. Una propuesta de regulación. Cuadernos penales José María Lidón, Madrid, nº. 9, CGPJ, 2013, pp. 205 -236

¹⁸ (Verificado el 30.03.2015)

<http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/normativa/comisiones-institucionales>

necesario su desarrollo normativo posterior, llama la atención que no existe límite en cuanto al tipo de delitos que pueden ser sometidos a mediación, y en la exposición de motivos con una perspectiva más amplia que la simple mediación, se enuncia expresamente que el modelo restaurativo que se implanta respeta el principio de legalidad y el monopolio jurisdiccional, que supone únicamente la posibilidad de insertar en el proceso penal un mecanismo autocompositivo voluntario para las partes, con todas las garantías procesales y con unas consecuencias predeterminadas legalmente pero que no se anudan necesariamente a la mediación y que pueden ser desde el archivo por razones de oportunidad, a la suspensión de condena, apreciación de alguna atenuante, o sin repercusión alguna.

En el último apartado del presente trabajo se volverá a tratar este texto articulado, hoy borrador del Código Procesal Penal y el Estatuto de la víctima, tras el examen de la situación actual y las tímidas concesiones a la justicia restaurativa.

III. LAS VÍCTIMAS

1. Concepto de víctima

Resulta una labor harto complicada dar un concepto de víctima, no tiene un significado unívoco, a modo de ejemplo en las Naciones Unidas se llegan a reconocer hasta cinco categorías diferentes (FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, 2009)¹⁹.

Centrándome en las víctimas del delito, en el derecho penal, su concepto surge vinculado al delito y en contraposición al autor del hecho, al delincuente. Se usa para aludir al sujeto pasivo del delito, esto es, el titular del bien jurídico protegido, por ello, pueden ser víctimas las personas físicas como las jurídicas, el estado e incluso la colectividad (ROIG TORRES, 2013)²⁰ y a su vez se diferencia del perjudicado, designando con esta expresión a quienes sufren daños o perjuicios como consecuencia de la infracción.

La Victimología usa una noción de víctima para aludir a las personas físicas que padecen las consecuencias negativas del delito, una noción más próxima a perjudicado.

¹⁹ Véase a FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C., Las víctimas y el Derecho Internacional, Anuario Español de Derecho Internacional (AEDI), XXV 2009, p. 11. El citado autor sobre la base de la normativa de las Naciones Unidas menciona como víctimas, las de los delitos, las de los abusos de poder, las de las desapariciones forzadas, las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y las víctimas de violaciones graves del derecho internacional humanitario

²⁰ ROIG TORRES, M., Módulo VII. Perspectiva penal de la víctima. Valencia, Alfa Delta Digital SL, 2013, pp. 10-13

El Estatuto de la víctima²¹ en su artículo 2 nos ofrece un concepto general que se acerca al de perjudicado y diferencia víctimas directas de las indirectas. Literalmente el mencionado artículo dispone:

“Las disposiciones de esta Ley serán aplicables:

a) Como víctima directa, a toda persona física que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito.

b) Como víctima indirecta, en los casos de muerte o desaparición de una persona que haya sido causada directamente por un delito, salvo que se tratare de los responsables de los hechos:

1.º A su cónyuge no separado legalmente o de hecho y a los hijos de la víctima o del cónyuge no separado legalmente o de hecho que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ellos; a la persona que hasta el momento de la muerte o desaparición hubiera estado unida a ella por una análoga relación de afectividad y a los hijos de ésta que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ella; a sus progenitores y parientes en línea recta o colateral dentro del tercer grado que se encontraran bajo su guarda y a las personas sujetas a su tutela o curatela o que se encontraran bajo su acogimiento familiar.

2.º En caso de no existir los anteriores, a los demás parientes en línea recta y a sus hermanos, con preferencia, entre ellos, del que ostentara la representación legal de la víctima.

Las disposiciones de esta Ley no serán aplicables a terceros que hubieran sufrido perjuicios derivados del delito.

Por lo que podemos concluir que el Estatuto de la víctima, incluye solo a las víctimas del delito personas físicas, sean sujeto pasivo o perjudicado por el delito, diferenciando siguiendo a nuestra jurisprudencia para el caso de fallecimiento, a las víctimas indirectas de las directas.

2. Víctima y proceso penal

Con carácter general, en el derecho continental, la víctima en el proceso penal es un objeto. Consecuencia, según CHRISTIE (1984)²² es un perdedor por partida doble, frente al agresor y frente al estado, la víctima resulta excluida de cualquier participación en su propio conflicto (en el proceso), el estado le roba su conflicto. Es lo que se ha denominado victimización primaria y secundaria. Victimización primaria es la que sufre la víctima directamente a causa del delito (daños físicos, psíquicos, económicos y sociales) y victimización secundaria es la que se deriva de las relaciones de la víctima con el sistema jurídico-penal.

Por ello, no nos debe extrañar que las víctimas hayan pasado de ser invisibles, las grandes ausentes en nuestro sistema judicial, a ocupar un espacio público, a reivindicar sus derechos, a reclamar mayor atención. Ello se ha plasmado en una doble realidad

²¹ Vid. nota al pie 15.

²² CHRISTIE, N., Los límites del dolor, Fondo de Cultura Económica (FCE), 1984, p. 126

antagónica, por un lado al servicio de aquellos que reclaman más mano dura y un endurecimiento de las penas, y de otro lado, los que reclaman una justicia restaurativa dirigida hacia las víctimas, a su dignidad, a la necesidad de repararlas.

3. Derecho español

Qué ocurre en nuestro derecho. Éste, como ya ha quedado dicho, se basa en un sistema retributivo, donde el castigo de los infractores lo es a través de la pena, usualmente, privación de libertad, impuesta por el juez y tras el desarrollo del proceso, donde la víctima no encuentra un acomodo fácil ni satisfactorio. Se le invita a denunciar, pero tras ello no se le informa del desarrollo del proceso, incluso puede ponerse fin a la causa sin haber tenido la oportunidad de llegar a conocer lo sucedido, excepto si se constituye en parte acusadora. En la mayoría de los casos es la principal y a veces única prueba de cargo para esclarecer el hecho delictivo y destruir la presunción de inocencia del imputado, por ello sufre los inconvenientes derivados de su participación en el proceso, cuyo procedimiento desconoce, debiendo acudir a citaciones y declaraciones policiales, judiciales de investigación y de enjuiciamiento, con el coste emocional, laboral y económico que ello conlleva. Las reparaciones civiles se ven frustradas por declaraciones de insolvencia del penado, y rara vez se revisan, una vez condenado. Es el aparato jurídico penal del Estado, la victimización secundaria y que puede ser más o tan negativa como la victimización primaria, la causada por el delito.

IV. LAS VÍCTIMAS Y EL PROCESO PENAL ESPAÑOL: PRESENTE

No obstante la situación descrita en el apartado anterior, también se disponen de pequeñas quiebras o concesiones de este sistema hacia la justicia restaurativa, donde se tiene en consideración a la víctima, a su reparación, y hay una cierta disposición del proceso. Así:

1. La atenuante del artículo 21.5 Código Penal. Reparación daño.

La atenuante genérica del artículo 21.5 Código Penal (CP) en relación con el artículo 66 CP. Paralelamente el artículo 31 bis 4 c) para las personas jurídicas (futura modificación del Código Penal regula esta atenuante de forma más detallada).

Dice textualmente dicha atenuante: “La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral.”

Dos son sus requisitos:

- objetivo o reparación del daño, siendo indiferente su móvil (un fin resocializador de disminuir el daño causado o el pragmático de obtener una reducción en la pena). Los principios de la victimología (rama de la criminología) y la necesidad de disminuir los efectos negativos del delito sobre la víctima subyacen en esta atenuante. La reparación no exige que sea económica, puede consistir en volver a la situación anterior al acto delictivo o disminuir los efectos del delito.
- temporal, en cualquier momento antes de la celebración del juicio oral. Si se produce en este período cabría admitir una atenuante por analogía del artículo 21.7 del Código Penal.

No se reconoce un poder de disposición de la víctima sobre el procedimiento penal, si bien, supone una rebaja de la pena para el infractor, desde su mitad inferior hasta la aplicación de la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la ley, dependiendo si concurre una o varias atenuantes muy cualificadas (artículo 66.1 1ª, 2ª y 7ª del Código Penal).

De *lege ferenda* y ante la ausencia de una regulación específica, cabría que la mediación con acuerdo y que se realizara antes del juicio se incardinarse en esta atenuante, e incluso valorar el dato de haber querido el infractor la mediación y no así la víctima²³.

También hay que mencionar los tipos de la parte especial del Código Penal donde la reparación a la víctima es una atenuante específica: delitos sobre ordenación del territorio y el urbanismo (arts. 319 y siguientes CP); sobre el patrimonio histórico (arts. 321 y ss.); contra los recursos naturales y medio ambiente (arts. 325 y ss. CP) y protección de la flora y fauna (art. 332 y ss. CP), para los cuales el artículo 340 CP ha previsto que si el culpable hubiese procedido voluntariamente a reparar el daño causado, se le impondrá la pena inferior en grado. El artículo 214 del Código Penal cuando el acusado de calumnia o injuria reconociere ante la autoridad judicial la falsedad o falta de certeza de las imputaciones y se retractare de ellas, se impone la pena inmediatamente inferior en grado y podrá dejar de imponer la inhabilitación.

²³MARTÍNEZ PERZA, C., La mediación en el ámbito penal. www.icahuelva.es/ArticulosDoctrinales/MediacionPenal.pdf (verificado 10/01/2015)

2. El perdón de la víctima

Supuestos que a pesar de concurrir una ejecución culpable, (en sentido amplio de dolo y culpa), un acto típico, antijurídico y punible, el sujeto no es penado porque se ha extinguido la acción penal. El artículo 130 apartado 5ª del Código Penal, se regula el perdón del ofendido. A primera vista parecería que se da entrada al principio de disposición, sin embargo, se condiciona la eficacia extintiva del perdón a “*cuando la Ley así lo prevea*”. Casos concretos donde se admite el perdón: el artículo 201.3 en el delito de descubrimiento y revelación de secretos; el artículo 215.3 en el delitos de calumnias o injuria,; el Artículo 267 párrafo 3 delito de daños imprudentes; el artículo 639 párrafo 3 admite el perdón en materia de faltas con extinción de la acción penal o de la pena impuesta cuando se trate de faltas perseguibles por denuncia del agraviado (la futura modificación del Código Penal en su disposición derogatoria única, deroga el libro III del mismo texto legal relativo a las faltas).

El perdón debe ser expreso, antes de dictarse la sentencia y a presencia judicial. Y provoca el fin del procedimiento incluso para los que ejerciten acciones civiles.

3. Los indultos

Es un acto de gracia a los condenados por una sentencia penal firme, que otorga el Rey, a propuesta del Ministro de Justicia, previa deliberación del Consejo de Ministros. Tiene como efecto la extinción de la responsabilidad penal, pero no sus efectos.

Puede solicitarlo el mismo penado, sus parientes o cualquier otra persona en su nombre, sin necesidad de poder de representación. Es precisamente en esta última posibilidad donde la víctima puede intervenir solicitando el indulto de su victimario.

Una vez más y de *lege ferenda*, la mediación podría facilitar al juez la concesión de este tipo de suspensión del artículo 4.4 del Código Penal así como para emitir un informe favorable de cara a la concesión de indulto.

4. La conciliación penal

Los delitos de calumnia e injuria contra particulares, participan de una naturaleza ambigua entre el ilícito civil y penal, ello se traduce en ser delitos de carácter privado, perseguibles por querrela del perjudicado y en un procedimiento especial. Se inicia (y es el único supuesto que se conoce en nuestro derecho) por un acto de conciliación, artículos 804 a 815 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Las partes pueden llegar a un

acuerdo que será recogido por el juez mediante auto, siendo ya innecesario acudir a la vía penal, o en caso contrario, tenerla por intentada sin avenencia.

5. La perseguibilidad

Son aquellos hechos delictivos que para ser perseguidos desde punto de vista judicial, es necesario que la parte legitimada, la víctima en sentido amplio, ponga en marcha toda la maquinaria judicial por una querrela (delitos privados), o por una denuncia si son delitos semipúblico. Es un claro instrumento alternativo a la actuación de los tribunales.

6. La ejecución de sentencias

En la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, la reparación del daño o literalmente, haber satisfecho las responsabilidades civiles²⁴, es una condición necesaria conforme al artículo 81.3 del Código Penal (en la modificación del Código Penal se ha trasladado artículo 80), salvo que el propio juzgador tras oír al ministerio fiscal y a los interesados declare la insolvencia total o parcial. De *lege ferenda* cabría que una vez celebrado el juicio y establecida la condena, la mediación pudiera surtir sus efectos en el ámbito de la suspensión de la ejecución, tanto por entender cumplido el requisito de satisfacción de la responsabilidad civil como por entender que no existe o que ha quedado disminuida la peligrosidad criminal (artículo 80 Código Penal). Caso de ser la persona condenada drogodependiente por aplicación del artículo 87 del Código Penal el sometimiento de ésta al proceso de mediación puede servir al juzgador para valorar su voluntad de cambio.

En la sustitución de la pena de prisión por multa o trabajos en beneficio de la comunidad el artículo 88 del Código Penal (este precepto desaparece futura reforma del Código Penal, la posibilidad de aquella sustitución pasa a ser una modalidad de suspensión y no es automática) establece como requisito a valorar el esfuerzo “*por reparar el daño causado*”. La mediación puede ayudar a valorar el citado esfuerzo.

El artículo 91.2 del Código Penal (artículo 72 Ley Orgánica General Penitenciaria) contempla la participación en programas de reparación del daño para el adelantamiento de los cómputos de libertad condicional de 90 días por año efectivamente cumplido. Nuevamente la mediación puede ser un instrumento válido

²⁴ Vid. nota al pie 16. En esta modificación del Código Penal, el pago de la responsabilidad civil, junto con la efectividad del decomiso, es presupuesto de la suspensión de la ejecución. Véase los artículos que entrarán en vigor el 1 de julio de 2015, artículos 80 y siguientes

para promover la participación en programas de reparación a las víctimas. (Indicar que este precepto en la futura modificación del Código Penal cambia su redacción, no contemplándose dicha posibilidad).

En general en materia penitenciaria la mediación puede ser una herramienta o instrumento útil en orden a la progresión de grado o a la clasificación inicial del tercer grado, a la concesión de permisos de salida, a la exclusión o no del periodo de seguridad del artículo 36.2 del Código Penal.

7. La suspensión de la pena

La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal²⁵, que entrará en vigor el próximo 1 de julio de 2015, modifica el artículo 84, que queda redactado como sigue:

“1. El juez o tribunal también podrá condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento de alguna o algunas de las siguientes prestaciones o medidas:

1.a El cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación.”

Se prevé por tanto que los acuerdos alcanzados en mediación puedan condicionar la suspensión de la pena, permitiendo por ejemplo la no entrada en prisión, con ello se refuerza y garantiza el cumplimiento del acuerdo alcanzado en mediación, evitando que se acuda a la mediación sin intención de cumplir lo pactado.

Ahora bien, permítaseme una crítica a esta positiva reforma cual es que se regula un efecto de la mediación sin que se haya regulado ésta.

8. La conformidad

Institución de derecho procesal cuya regulación en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es dispersa y fragmentaria, artículos 655, 779.1 5ª y 787 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y el artículo 801 del mismo texto, la conformidad premiada para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos. Es el epicentro de la discusión entre el principio de legalidad *versus* principio de oportunidad²⁶. Y aunque pudiera pensarse que es una figura cercana a la mediación, por cuanto el acusado se muestra de acuerdo con la pretensión penal (hechos, calificación jurídica y pena) promovida por la acusación, ello no es producto de un acercamiento-diálogo víctima-delincuente, es una

²⁵ Vid. nota al pie 16. Publicada en el Boletín Oficial del Estado número 77 de 31 de marzo de 2015

²⁶ BORJA JIMÉNEZ, E., Conformidad y mediación penal. Conformidad con y sin mediación. MEJÍAS GÓMEZ, Coord. Conformidad y mediación en el proceso penal. Madrid, Cuadernos Digitales de Formación nº 5-2008 CGPJ, 2009, pp. 1-46

negociación entre el ministerio fiscal y la defensa, y en su caso, la acusación particular, la víctima queda prácticamente al margen de la conformidad y ésta puede suponer una quiebra de sus expectativas en la justicia²⁷.

9. Los delitos de terrorismo

Mención aparte merecen estos delitos, no solo por su gravedad sino por su importante incidencia en España²⁸.

Hemos visto las pequeñas concesiones que nuestro derecho procesal y penal admiten respecto al comportamiento del agresor dirigido a reparar el daño a la víctima, a arrepentirse, pues finalmente cabe analizar qué efectos dar a la colaboración con la justicia para el esclarecimiento de los hechos delictivos.

En los años ochenta se empezó a valorar la colaboración con la justicia, con el arrepentimiento como figura atenuadora de la pena para los miembros de las bandas terroristas y organizaciones criminales que quisieran abandonar las actividades delictivas y además ayudar en la investigación criminal.

Ello viene recogido artículo 579.4 del Código Penal donde se recoge la posibilidad de valorar el arrepentimiento activo como atenuación específica. En mi opinión, no se dan los requisitos propios de la justicia restaurativa, se prescinde de la víctima, es una decisión de política criminal que beneficia a toda la sociedad, aunque hay autores que opinan que subyace una compensación moral a la víctima.

Diferente es el artículo 90 del mismo texto legal, donde la petición de perdón a la misma, supone en estos delitos de terrorismo, un signo de reinserción social para poder obtener la libertad condicional. Entra dentro de lo que es la justicia restaurativa, si bien, no faltan voces que critican que se ha optado por un criterio moralizante e inadecuado por el momento en el que acontece, durante el tratamiento penitenciario, donde únicamente se debería valorar la evolución de la conducta del sujeto.

Por último la reforma del Código Penal Ley Orgánica 1/2015, que entrara en vigor el 1 de julio de 2015²⁹ concibe a la libertad condicional como una modalidad de suspensión de la ejecución del resto de la pena. Unido a ello, se ha introducido un nuevo

²⁷ BARONA VILAR, S., Solución extrajudicial, 1999, p. 299.

²⁸ CONDE PUMPIDO FERREIRO, C., Contestaciones de Derecho Penal al programa de Judicatura. Parte Especial volumen II. Madrid, COLEX, 1997 pp. 279 -280

²⁹ Vid. nota al pie 16.

artículo 92.2 en relación a la prisión permanente revisable y su suspensión en estos delitos, semejante en cuanto a los requisitos al artículo 90 (subrayado es propio):

Si se tratase de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código, será además necesario que el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y haya colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades.

V. VÍCTIMA Y MEDIACIÓN PENAL: DE *LEGE FERENDA*

Inicio este apartado, siguiendo lo expuesto en el anteproyecto de la futura Ley de Enjuiciamiento Criminal³⁰ y en las distintas experiencias pilotos³¹ llevadas a cabo por el Consejo General del Poder Judicial. A través de este último, desde la inicial en el año 1993 en Valencia hasta hoy, en las distintas Comunidades Autónomas. Estos esfuerzos de los órganos judiciales para dar entrada a la mediación, se han desarrollado dado el vacío legal, dentro de un sistema penal rígido, sin habilitación legal, espaciando tiempos de señalamiento, buscando suspensiones y transformando procedimientos urgentes en menos urgentes, donde la acusación penal dependa de la víctima o el perdón de ésta pueda neutralizar la acción penal³².

CERVELLÓ DONDERIS³³ opina que estos programas han sido y son muy variados, si bien concluye que los asuntos mediados son al final del mismo tipo de delitos, generalmente conflictos familiares o vecinales, de poca importancia o faltas. La razón, ser situaciones en las que es preferente reducir la agresividad y conflictividad con el fin de mantener las relaciones personales.

Retomo el futuro Código Procesal Penal³⁴, éste contiene una definición y unas notas básicas, así como una remisión amplia a la Ley 5/2012, de 6 de julio, de

³⁰ Vid. nota al pie 18.

³¹ Véase sobre estas iniciales experiencias pilotos: en el País Vasco a ETXEBARRIA ZARRABEITIA, X., Las Administraciones Públicas y la mediación penal. Cuadernos Digitales de Formación nº 21 La mediación penal CGPJ, 2008, pp. 1-11, y en Valencia, op. cit, p. 3 BARONA VILAR, S., pp. 300 a 302

³² GUARDIOLA GARCÍA, J., Módulo III. Marco legal de la Mediación Penal. Valencia, Alfa Delta Digital, 2014, p. 84

³³ CERVELLÓ DONDERIS, M. V., Módulo IV. Características de la Mediación Penal. Valencia, Alfa Delta Digital, 2013, pp. 51-87

³⁴ Vid. nota al pie 18.

mediación en asuntos civiles y mercantiles³⁵.

Define la mediación penal, como el procedimiento de solución del conflicto, entre el encausado y la víctima libre y voluntariamente asumido por ambos en el que tercero interviene para facilitar que alcancen un acuerdo (artículo 143). No hay que perder de vista que ese dialogo busca un acuerdo que resuelva el conflicto, ello supone que la víctima sea reparada y que el infractor asuma su responsabilidad.

Sus principales características:

- Es el ministerio fiscal quien comunica a la víctima, directamente o a través de la oficina de atención a las mismas, el deseo del infractor de someter el conflicto a mediación. Ello siempre que el ministerio público no lo considere inadecuado por razón de la naturaleza del hecho.
- El mediador o la institución de mediación comunicarán al fiscal el inicio y la finalización del procedimiento de mediación, con su resultado.
- Cuando el fiscal tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento de mediación penal, si lo considera oportuno, podrá suspender las diligencias de investigación mediante decreto.
- El mediador se encuentra sometido a secreto profesional y no podrá declarar sobre los hechos de los que tenga conocimiento con ocasión de su intervención en el procedimiento.
- La mediación penal será siempre gratuita.

De dicha regulación se puede extraer que se está pensando en una mediación intrajudicial, para delitos y faltas que permitan un diálogo entre sus protagonistas, víctima y victimario. El propio artículo 145 permite al ministerio público, si lo cree oportuno, acordar la suspensión de las diligencias de investigación.

En cuanto a los actores, se apuesta como intérprete principal en la dirección de la mediación penal por el ministerio fiscal. En la situación actual y en la mayoría de las experiencias pilotos llevadas a cabo en España, quién ha decidido si procede o no la mediación, ha sido el juez, derivándolo, tras oír a las partes, hacia el equipo de mediación o al mediador. En los países de nuestro entorno se encomienda, como en el

³⁵ Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal. Boletín Oficial del Estado, 11 de octubre de 2011. (Verificado 29.05.2015) <http://www.boe.es/boe/dias/2011/10/11/>

anteproyecto, al ministerio público, incluso a la policía en el Reino Unido. Conviene hacer una puntualización, este texto articulado pretende que la instrucción sea realizada por el ministerio público.

El ministerio fiscal seleccionará los casos que pueden salir del ámbito propio de la investigación criminal, si lo considera adecuado por la naturaleza de los hechos. Ello deberá obedecer en mi opinión: primero, al ámbito de aplicación de la mediación penal; segundo, a constar una situación de esclarecimiento de los hechos junto a una voluntad del infractor de someterse a mediación, lo que supone indiciariamente una asunción de su responsabilidad en los hechos; y tercero, una correcta información para la víctima y su voluntad de mediar el conflicto.

En opinión de GUARDIOLA GARCÍA (2014)³⁶ dicha regulación resulta decepcionante, porque salvo sentar el principio de gratuidad de la mediación y garantizar un verdadero secreto profesional, se limita a prever que el Ministerio Fiscal pueda vetar la voluntad del infractor de someterse a mediación en razón de la naturaleza del hecho, a canalizar las comunicaciones a través de la Oficina de Atención a las Víctimas, y a remitir a distintos preceptos de la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles

Detengámonos en el ámbito de aplicación. El anteproyecto nada dice, simplemente esa adecuación citada. La decisión Marco y posteriormente la Directiva europea dejan libertad a los estados miembros sobre qué tipos de delitos o/y faltas puedan ser sometidas a mediación. Únicamente en España, está vedada la mediación en los delitos de violencia de género, artículo 44.5 de la ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de medidas de protección integral contra la violencia de género³⁷, consecuentemente, el artículo 87 ter 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Siguiendo a ECHANO BASALDUA (2013)³⁸, la mayoría de los autores se muestran de acuerdo en que el ámbito de aplicación más apropiado es el de las faltas y los delitos de penas menos graves (hasta 5 años artículo 33.3 del Código Penal) y, que son más fáciles los acuerdos en los delitos y faltas patrimoniales que en los violentos. Los supuestos más debatidos son, los delitos de peligro abstracto, los delitos sin víctima

³⁶ GUARDIOLA GARCÍA, J., Módulo III, 2014, pp. 88-94.

³⁷ Boletín Oficial del Estado, de 29 de diciembre de 2004. (Verificado el 29.05.2015) <http://www.boe.es/boe/dias/2004/12/29>

³⁸ ECHANO BASALDUA, J.I., Mediación penal entre adultos: ámbito de aplicación en atención a la clase de infracción, Cuadernos penales José María Lidón, nº. 9, 2013, Madrid, CGPJ pp. 157 -204.

personalizada y los delitos graves, incluido los del terrorismo.

En cuanto al resultado de dicha mediación, puede acabar con acuerdo o sin él. Obviamente si no hay acuerdo se alzaría la suspensión y continuaría la investigación. Si se logra un acuerdo el art. 146 del anteproyecto dispone en primer lugar, que ni el ministerio fiscal ni los tribunales ofrecerán ventajas al encausado por el hecho de someterse a un procedimiento de mediación, para seguidamente añadir, sin perjuicio de los efectos procesales o materiales que puedan derivarse conforme a la Ley del acuerdo con la víctima si se alcanza. La normativa europea deja igualmente libertad a la hora de tomar en consideración los acuerdos entre la víctima y el inculpaado (así el antiguo artículo 10 de la Decisión Marco de 2001 y la Directiva de 2012 artículo 12). Por ello, a pesar de que la redacción del citado precepto a primera vista deja poco margen de discrecionalidad al ministerio público o a los tribunales, en aras del interés de la justicia cabría acordar el archivo o sobreseimiento de la causa, o seleccionar la pena o medida de seguridad más acorde a las circunstancias del hecho y del reo, o atenuar su responsabilidad, e incluso la suspensión de la pena. Para la víctima el acuerdo debería suponer, según la exposición de motivos, la obtención de una explicación del hecho, la petición de perdón y/o una pronta reparación.

Para finalizar este apartado, el Estatuto de la víctima de delitos, incluye una referencia a la posible actuación de los servicios de justicia restaurativa. En este punto, el Estatuto supera las referencias tradicionales a la mediación entre víctima e infractor y subraya la desigualdad moral que existe entre ambos. Por ello, la actuación de estos servicios se concibe orientada a la reparación material y moral de la víctima, y tiene como presupuesto el consentimiento libre e informado de ésta y el previo reconocimiento de los hechos esenciales y de su responsabilidad por parte del autor. En todo caso, la posible actuación de los servicios de justicia restaurativa quedará excluida cuando ello pueda conllevar algún riesgo para la seguridad de la víctima o pueda ser causa de cualquier otro perjuicio.

VI. CONCLUSIONES

El reconocimiento más que positivo de la función protectora y preventiva del sistema penal, el monopolio del ejercicio de la justicia por parte del estado como superación de la justicia privada, unido a la crisis de la pena privativa de libertad por el fracaso de las ideas resocializadoras, y el mayor papel que las víctimas vienen reclamando frente al delito, han abierto el camino hacia una nueva política criminal,

hacia otras vías de solución de conflictos, para intentar dar respuesta a todas las necesidades de los protagonistas del proceso penal: víctima, victimario y finalmente sociedad.

Es el momento de dar cabida a la justicia restaurativa y a uno de sus instrumentos: la mediación penal. Ésta permite el dialogo entre las partes, el infractor asume el delito, se responsabiliza y repara el daño, la víctima se siente protegida, se reduce la victimización secundaria, y para la Administración de justicia se mejora el servicio, se humaniza y se evitan las penas cortas³⁹.

Pero, ¿cuál es la realidad de la mediación penal en nuestro derecho? DEL MORAL GARCÍA⁴⁰ afirma: reconocimiento legal respecto de la responsabilidad penal de los menores, anomia en el proceso penal de adultos y prohibición en lo relativo a la violencia de género.

El futuro. Sin dudar, España debe regular la figura de la mediación penal y sus efectos, ello no solo porque la sociedad lo reclama, sino para dar cumplimiento a nuestros compromisos internacionales. A la vista de las disposiciones que se están tramitando, éstas, dan entrada a la mediación penal, si bien habrá que esperar a su aprobación, publicación y a su desarrollo normativo para tener certeza sobre qué modelo procesal penal se dibuja⁴¹. Indiciariamente, de la exposición de motivos del proyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y de sus pocos artículos, la mediación que se regula es intrajudicial, controlada por los órganos jurisdiccionales, es un sistema compatible y complementario del modelo procesal (no alternativo), desarrollado por personas o instituciones independiente del poder judicial, obviamente con un método diferente, voluntario para víctima y agresor, donde se han condicionado sus efectos pero no su ámbito de aplicación, a salvo, la violencia de género.

En mi opinión no solo dicha futura regulación es a todas luces insuficiente, sino que además es una visión estrecha de esta institución y de sus posibilidades, es cierto que la tutela judicial efectiva y el principio de legalidad, limitan enormemente su

³⁹ CAMARENA GRAU, S. Módulo II, 2013, p.87

⁴⁰ DEL MORAL GARCÍA, A., La mediación en el proceso penal. Fundamentos, problemas, experiencias. Madrid, Netbiblo, 2010, pp. 49-69

⁴¹ Véase el hipotético proceso penal al que se vincularía el procedimiento mediador según ARMENGOT VILAPLANA, A., Módulo VIII. La Mediación en el Proceso Penal Español. Valencia, Alfa Delta Digital, 2013, pp. 65-84

aplicación, pero creo que se puede apostar por soluciones del conflicto pre-procesales⁴², dando entrada al principio de oportunidad, sin que ello suponga una vuelta a la justicia privada, manteniéndose el control judicial o del ministerio fiscal, pensando en las pequeñas infracciones; debe valorarse el esfuerzo en reparar de manera completa o incompleta el daño producido a la víctima, incluyendo la posibilidad de reparaciones simbólicas, morales o de prestaciones sociales⁴³; debe ser voluntario el acuerdo alcanzado pero de obligado cumplimiento, con un eficaz aparato que lo vigile; finalmente, la mediación en materia de ejecución de sentencias, antes o durante la ejecución de la pena impuesta, y ello no solo desde la perspectiva del condenado también de la víctima, de la reconciliación y de la paz social, de la necesaria convivencia cuando la agresión delictiva se ha ocasionado en el ámbito familiar, vecinal o en los gravísimos actos de terrorismo. En definitiva, una mayor humanización y diálogo entre los protagonistas del sistema procesal.

* * * * *

⁴² Véase para una mejor comprensión de nuestro sistema procesal penal y el posible encaje de la mediación en él, si bien antes de los proyectos legales en ciernes a MARTÍN DIZ, F. La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia. Centro de documentación judicial, CGPJ, Madrid, 2009, pp. 301-392

⁴³ CERVERLLÓ DONDERIS, M. V., Módulo IV, 2013, p. 87.

Inmaculada Serrano Pérez

Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Abogada no ejerciente del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia. Socia de la FICP.

~La mediación penal en la justicia juvenil~

Resumen.- En la mediación dentro del ámbito penal de menores, es importante tener en cuenta que vamos a tratar con adolescentes cuyo desarrollo personal está pasando por un momento de cambios importantes dentro de su desarrollo personal donde se pasa por un proceso de cambios importantes que implican una frecuente inadaptación, una lucha por superar los constantes cambios personales y de su entorno. Por ello, ante los conflictos generados por estos jóvenes, es importante destacar la gran relevancia que va a tener la intervención de la Fiscalía de Menores cuya función se va a desarrollar entorno a la Ley Orgánica de la Responsabilidad Penal de los Menores 5/2000. Se podrá incoar expediente judicial con el inicio de un expediente judicial que finalizara con sentencia, o bien podrá tramitarse a través de los programas de mediación y ayudar al menor y a su familia.

A través de la intervención, con los programas de medicación, se les da la no solo oportunidad, sino la “capacidad” de buscar su propia responsabilidad, participando en la búsqueda de soluciones a sus conflictos.

I. INTRODUCCIÓN

El concepto de mediación¹ fue usado, explícita o implícitamente, por varios filósofos antiguos cuando tuvieron necesidad de encontrar un modo de relacionar dos elementos distintos; en este sentido la mediación fue entendida como la actividad propia de un agente mediador que era a la vez una realidad “intermedia”.

En la medicación juvenil, y ante casos reales, cabe preguntarse ¿qué hacer?, ¿cual podría ser la intervención en estos casos?, ¿se les puede ayudar o ya no hay remedio?, son cuestiones a priori que hay que preguntarse, para a continuación valorar de un modo más realista lo que puede aportarnos, conocer qué son y cómo pueden funcionar los programas de mediación juvenil. Por ello hay que analizar las conseceuncias que suponen aplicar la Ley Orgánica de la Responsabilidad Penal de los Menores 5/2000 y los programas de mediación, como se pueden llevar a la práctica, qué características tienen, como responden los padres de los agresores/menores denunciados y como responden las víctimas, que a su vez en muchas ocasiones también son menores.

Los programas de mediación y reparación dirigidos a menores, aparecen en la actualidad como exponente claro de una política preventiva sobre la población juvenil, que denominaremos de riesgo pero sin perder de vista preguntarnos ¿por qué? ¿En qué medida están en riesgo?. Estas políticas, son coherentes con las actuales tendencias de la justicia juvenil en España, y en el resto de Europa, donde estos programas ya gozan de

¹ FERRATER, JOSÉ, Diccionario de Filosofía abreviado, Edhasa, Barcelona. 2008, p. 236.

una experiencia larga y positiva, así como de las recomendaciones de los organismos internacionales, y en este sentido, cabe destacar la Recomendación 20/87, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre delincuencia juvenil.

La Ley Orgánica 5/2000 reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (LORPM) es el marco legal adecuado para el desarrollo de programas y servicios de mediación y reparación, respetando los principios básicos, especialmente el superior interés de menor, así como en defensa del principio de intervención mínima. De la redacción de la presente Ley Orgánica se desprenden criterios orientados a las garantías y el respeto a los derechos fundamentales que necesariamente han de imperar en el procedimiento seguido ante los Juzgados de Menores, permitiendo tener en cuenta la naturaleza y finalidad de aquel tipo de proceso, encaminado a la adopción de unas medidas que fundamentalmente no pueden ser represivas, sino preventivo-especiales, orientadas hacia la efectiva reinserción y, como se ha dicho antes, el superior interés del menor, valorados con criterios que han de buscarse primordialmente en el ámbito de las ciencias no jurídicas.

Al pretender ser la reacción jurídica dirigida al menor infractor una intervención de naturaleza educativa, aunque desde luego de especial intensidad, hay una denuncia que se debe tratar desde una ley penal, rechazando expresamente otras finalidades esenciales del Derecho penal de adultos, como la proporcionalidad entre el hecho y la sanción, es por lo que, al mismo tiempo, realiza un uso flexible del principio de intervención mínima y en ese sentido dota de relevancia a las posibilidades de no apertura del procedimiento o renuncia al mismo, así como tiene en cuenta el resarcimiento anticipado o conciliación entre el infractor y la víctima.

Se da un claro predominio de los criterios educativos y resocializadores sobre los de una defensa social esencialmente basada en la prevención general de cara a adquirir nuevas experiencias de respuestas más adecuadas, en esa etapa de crecimiento personal que es la adolescencia, para que en el futuro valore las consecuencias y reaccione más adaptativamente, por lo que revisten especial interés los temas de reparación del daño causado a través de la mediación y conciliación entre las partes. Todo ello una vez más apelando al principio de intervención mínima y contando para ello con el concurso mediador del equipo técnico (art. 27 L.O. 5/2000), pudiendo dar lugar a la no incoación o sobreseimiento del expediente del menor infractor e incluso a la finalización del cumplimiento de la medida impuesta (art. 51, punto 2, L.O. 5/2000).

El objetivo principal es la atención al menor denunciado (infractor), intentando establecer un espacio participativo e interactivo entre éste y la víctima con el objetivo de solucionar el conflicto creado por la infracción. Comparten el criterio de intentar lograr, a través de la mediación, la responsabilización del menor y la compensación de las víctimas. Así se puede obtener una respuesta individualizada y “ad hoc” para cada menor y su propia circunstancia y conducta que le ha motivado la apertura en el Fiscalía de Menores de su expediente judicial. Esta respuesta individualizada no sólo está dirigida hacia el menor, sino también hacia la víctima.

II. DEFINICIÓN Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA MEDIACIÓN JUVENIL

La mediación penal es la práctica de Justicia Restaurativa más extendida en nuestro contexto. En el ámbito penal juvenil es, según la legislación vigente, una solución extrajudicial alternativa al proceso penal con un importante potencial educativo. Las disposiciones vigentes facilitan esta práctica incluyendo la conciliación y la reparación, tanto de forma directa hacia la víctima, como de forma indirecta o mediante una actividad educativa. El modelo más extendido es el de contacto por separado con las partes (menor autor y víctima) para llegar a un encuentro con conciliación y acuerdos de reparación. Todo ello, facilitado por un mediador imparcial que utiliza diferentes técnicas y/o habilidades que facilitan la comunicación entre las partes y flexibilizan el conflicto.

Se entiende por mediación²: “la intervención en una disputa o negociación, de un tercero aceptable, imparcial y neutral, que carece de un poder autorizado de decisión, para ayudar a las partes en disputa a alcanzar voluntariamente su propio arreglo mutuamente aceptable”. No obstante, a la anterior definición dada, podría apuntarse otra definición que se encuentra en el Diccionario de Mediación³, haciendo referencia exclusivamente a la Mediación penal como:

“Proceso formal en el que dos partes enfrentadas a causa de un determinado suceso (delito) deciden confrontar sus puntos de vistas y buscar una solución libremente acordada a su conflicto con la ayuda de un tercero que actúa desde una posición, en principio neutral. Son las partes, víctima y victimario, las encargadas de encontrar una solución a su problema. La labor del mediador, que debe evitar hacer imposición alguna, se concentrará en poner en relación y

² MOORE C., El proceso de Mediación, Granica, 1986, p. 44.

³ V.V.A.A. Diccionario de Mediación, Valencia, 2002, Asociación para el progreso de la Mediación y la Conciliación (APROMECA). Asociación Juvenil para la Mediación y la Conciliación (AJUMECO), p. 241.

acompañar a estas personas a encontrar esa solución. La mediación, desde esta perspectiva, es considerada una medida de justicia restaurativa que parte de la toma de conciencia del acto delictivo por parte del autor, para dar un siguiente paso de responsabilización y reparación del daño causado, evitando además la estigmatización que puede resultar del procedimiento penal tradicional. Por otro lado, permite a la víctima participar activamente en el proceso: se le devuelve el conflicto ya que tiene la posibilidad de actuar por sí misma, y no representada por el Ministerio Fiscal, quién, en cierto modo, le arrebató el conflicto haciendo del mismo una cuestión suprapersonal”.

En el ámbito penal, víctima y autor del delito, con la ayuda de un tercero, se implican en la búsqueda de soluciones en el conflicto que les enfrenta como consecuencia del hecho delictivo, devolviendo el protagonismo a las partes para que sean ellos quienes decidan la forma en que quieren reparar y ser reparados.

En el ámbito penal, se ha criticado que, la mediación penal, es un proceso que no ofrece garantías procesales, pues ven un riesgo de volver a una etapa de derecho privado, ya superada, donde las partes de forma casi privada, deciden la solución. Los defensores de la mediación critican, en cambio, que la metodología está muy encorsetada y que habría que dar más protagonismo a las partes y no tanto a los operadores jurídicos. Críticas aparte, lo cierto es que la mediación penal presenta unas características especiales que la diferencian de otros tipos de mediación (familiar, comunitaria, laboral, etc.). Las principales son:

- Las partes vienen determinadas por el Derecho Penal, quien dice quién es el autor y quien la víctima. No existe de entrada, por tanto, igualdad entre las partes sino que ocupan un rol muy diferente desde el principio: una es el autor, la otra es la víctima; una ejerce la reparación, la otra la recibe.
- El punto de partida no es el conflicto más o menos extenso, más o menos enquistado, sino el hecho penal. Si bien en ocasiones es posible por medio del hecho penal abordar un conflicto más amplio que las propias partes no pueden separar del asunto penal.
- El resultado no es confidencial sino que será conocido al menos por la instancia judicial, quien podrá validarlo o desestimarlos. Y en virtud de ello el proceso de mediación será alternativo al proceso judicial (en menores) o un atenuante (en mayores).

Los programas de mediación en el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, recaen en menores comprendidos entre los 14 años hasta los 18 años, momento en que se alcanza la mayoría de edad y por consiguiente se adquiere responsabilidad plena

ante la ley para responder uno mismo (los padres han dejado de ser responsables civiles) de los actos que se cometen y las conductas que van a ser posible enmarcar dentro de los programas de mediación y según la ley deben ser consideradas faltas o delitos menos graves. En estos casos conviene destacar el potencial educativo de la mediación.

La reparación ejerce una específica acción educativa sobre el menor autor, por cuanto que, estimula la reflexión del mismo sobre su responsabilidad y sobre el modo de afrontarla. En este sentido, se puede decir que es un modelo idóneo para el sistema de justicia del menor por su escaso valor estigmatizante, su alto valor pedagógico y su carácter de menor represión.

III. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LA MEDIACION PENAL JUVENIL

En una primera etapa no existía en el Estado español un marco legal que regulara este tipo de programas. En aquel momento fue necesario tener presente la legislación internacional, contar con la colaboración de los jueces de menores y aprovechar la amplia discrecionalidad de la Ley de Tribunales Tutelares de menores de 1948 vigente en aquel momento. La publicación de la Ley Orgánica 4/92, de 5 de junio, reguladora de la competencia y el procedimiento de los juzgados de menores, dio el marco legal que faltaba en la etapa anterior.

Los primeros programas de mediación y reparación datan de 1990 al amparo de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948.

En 1992 entra en vigor una reforma de esa ley, la cual otorgo al Ministerio Fiscal, la facultad de proponer la conclusión del expediente, si el joven ha reparado o se compromete a reparar el daño causado a la víctima. De este modo, en aplicación del principio de oportunidad por parte del Fiscal, se antepone a la sanción la responsabilización del infractor y la solución del conflicto con la participación de ambos en un proceso de mediación destinado a la reparación del daño.

La Ley 5/2000, modificada por la Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, hoy vigente, regula de una forma muy explícita la aplicación de las prácticas de justicia restaurativa en el ámbito penal juvenil y, junto con el Reglamento que desarrolla la ley, establecen y describen el proceso a seguir en las llamadas soluciones extrajudiciales. Esta Ley 5/2000 y su posterior modificación por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, se enmarca dentro de unas normas mínimas de las Naciones Unidas, relativas al tratamiento de la delincuencia juvenil, llamadas Normas de Beijing, adoptadas en

1985, la Recomendación 87/20 del comité de ministros del Consejo de Europa y la Convención Internacional de Derechos del Niño, y las normas de Riad. Estos textos recomiendan la desjudicialización o medidas alternativas, evitando los efectos estigmatizantes que pudieran darse de su paso por el sistema judicial.

La Recomendación nº 19 del Consejo de Europa, ofrece una serie de pautas a tener en cuenta en la aplicación de estos procedimientos de mediación penal, ya sea juvenil ya adulta. Entre ellas, las principales son:

- Consentimiento de las partes.
- Confidencialidad de las conversaciones que ocurren durante el proceso. - Garantías legales y asistenciales de las partes.
- Voluntad de ambas partes. No deben de ser obligados a comenzar un proceso de mediación.
- El reconocimiento de los hechos del caso deberán ser la base de la mediación penal.
- El resultado de la mediación no ha de usarse como indicios o testimonios de culpa.
- El mediador ha de ser neutral, estar formado en mediación.
- La mediación ha de ser un procedimiento imparcial, respetando la dignidad de las partes y cuidando especialmente la vulnerabilidad de las partes.

IV. LA MEDIACIÓN EN LA L.O. 5/2000 Y EL REGLAMENTO. PRINCIPIOS.

Tras varios años de experiencias de los diferentes programas de mediación y reparación, la Ley Orgánica 5/2000 vino a establecer un modelo de mediación y reparación, y a regular de forma explícita las posibilidades de la justicia restaurativa en el ámbito penal juvenil. Desde luego la figura del mediador siendo imprescindible, no debe convertirse en protagonista del proceso. Precisamente una de las funciones de esta figura es la de ceder el protagonismo a las partes, para que sean ellas las dueñas no solo del conflicto, sino de la búsqueda de la solución que ellos establezcan y encuentren a través de todo el proceso que implica acogerse a resolver sus diferencias a través del método que supone mediar. Si partimos de la base de que, el mediador, no tiene autoridad en que las partes lleguen al acuerdo de que, asuman, llegar a unos compromisos donde, en nuestro caso dan por finalizado el expediente judicial, sin pasar

por un juicio, conviene indagar el por qué esto da resultado. Es decir cómo las partes en conflicto y con denuncia interpuesta consiguen llegar a acuerdos por sí mismos.

Del modelo que introduce la citada ley destaca:

a.- Además de la mediación, considera y regula otras formas de justicia restaurativa en las cuales no interviene directamente la víctima, como son la reparación y la actividad educativa del menor. La ley muy escasamente habla de mediación, puesto que la considera una técnica para llegar a un resultado jurídico como es la conciliación o la reparación. En este sentido, el Reglamento que desarrolla la ley (de publicación posterior) incluye el concepto de soluciones extrajudiciales del cual forman parte tanto prácticas en las que la víctima participa activamente (mediación) como otras en las cuales no participa la víctima (prestaciones en beneficio de la comunidad).

b.- Se conciben los procesos de mediación como una forma de aplicación del principio de intervención judicial mínima, como una solución extrajudicial. No obstante, todo el proceso de mediación se encuentra incardinado en el procedimiento judicial y es revisado tanto por el Ministerio Fiscal como por el Juez de Menores. Además, no todos los asuntos que llegan a la justicia juvenil pueden pasar a programas de mediación, sino que la propia legislación limita las soluciones extrajudiciales presentenciales a hechos calificados inicialmente como delitos menos graves y a las faltas, como se ha apuntado anteriormente.

c.- Las soluciones extrajudiciales responden en la ley a una finalidad educativa y resocializadora sobre los criterios de defensa social basados en la prevención general. Por tanto, las incluye como una respuesta educativa, es decir, recoge la potencialidad educativa de los procesos de mediación. Resolución del conflicto, reparación a la víctima y aprendizaje se complementan en la mediación penal juvenil.

d.- Separa los procesos de conciliación-reparación de la pieza de responsabilidad civil. Es decir, aunque ambos están destinados a resarcir a la víctima, se pueden dar ambos por separado. En este caso el proceso extrajudicial de mediación se dirige a la responsabilidad penal y el judicial a la responsabilidad civil. En la práctica, se trata de abordar el conflicto de una forma global, es decir tanto la parte relacionada con lo penal como con lo civil, lo relacionado con la conducta del joven como el resarcimiento del daño a la víctima, y en consecuencia no tiene sentido la pieza de responsabilidad civil que se regula en la ley si se abordan ambos conceptos. Pero otras veces se pueden dar

ambos por separado, en cuyo caso el proceso extrajudicial se dirige a las implicaciones penales de la conducta y el judicial a las civiles. Tal es el caso de algunos daños económicos muy importantes o asuntos en los que se encuentran implicadas compañías de seguros, etc.

e.- Separa las soluciones extrajudiciales presentenciales de las postsentenciales: Las funciones de mediación presentencial corresponden al Equipo Técnico, y finalizan en un informe que sirve para el archivo del expediente judicial sin medida. El Reglamento, además, desarrollando los principios y concepto que aporta la ley, ha introducido una serie de novedades más prácticas, entre las que destaca: a.- Se regula de forma concreta el proceso a seguir en los casos de soluciones extrajudiciales, siendo el nivel de concreción muy elevado. b.- Una mayor intervención por parte de los abogados defensores, sobre todo en la fase inicial, es decir en la que se decide la alternativa extrajudicial; y por tanto una mayor garantía de estos procesos. c.- Una mayor regulación administrativa, incluso se refleja a quienes y como se ha de citar para las soluciones extrajudiciales. d- De entre las diferentes soluciones extrajudiciales se priorizan las de mediación, es decir, en aquellas en las cuales participa la víctima. De hecho los programas sin participación de la víctima estarían reservados a casos en los cuales no es posible esta participación (por no desear hacerlo, víctima intereses vindicativos, etc.).

En el ámbito juvenil, la misión principal de todos los operadores del sistema se dirige a un propósito educativo o “reeducativo”, lo que significa que el castigo o el propósito ejemplarizante debe de ser secundario frente a la actividad de enseñar para ser capaz de crecer como una persona plenamente responsable y socialmente es competente⁴.

La mediación supone una serie de beneficios no solo para el infractor, sino también para el perjudicado, que ante una solución positiva del conflicto entre ambos beneficia a la justicia y a la comunidad. Además requiere del menor infractor un esfuerzo emocional y práctico, la confrontación directa con el delito, el daño que provocó y las consecuencias, relacionando sus respuestas con las consecuencias que su acción ha tenido para otras personas. Para la víctima supone una participación más activa en el proceso, donde se considera su posición y sus necesidades, no solo

⁴ FERNÁNDEZ GARCÍA, I. et alt. (1996). Manifestaciones de la violencia en la escuela: el clima escolar. En Educadores, revista de renovación pedagógica, 180, pp. 35-54.

materiales, sino también afectivas, psicológicas, morales, emocionales, a través de la posibilidad de hablar con el joven de todo ello. La reparación puede ser directa, en beneficio de la persona perjudicada, o puede ser indirecta, prestando servicios en beneficio de la comunidad (PSBC).

V. DESARROLLO DEL PROCESO

La Ley 5/2000 abre la posibilidad de que se lleven a la práctica los programas de conciliación y reparación a la víctima. La implementación de dichos programas, como ejecución de medida que son, corresponde a las Comunidades Autónomas. Así la citada Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor, en vigor desde el 13 de enero de 2001, contempla la mediación como una de las soluciones posibles tanto como medida alternativa a la continuación del proceso judicial (medida extrajudicial) como dictada en virtud de dicho proceso, aunque los términos empleados en la ley sean de reparación y conciliación.

La regulación que la ley hace de la mediación responde a los principios de intervención mínima y de oportunidad que, atendiendo a la normativa internacional, deben regir las jurisdicciones penales juveniles. En este sentido, la conciliación y la reparación a la víctima operan como alternativa al procedimiento o al cumplimiento de la medida, siempre que concurren determinados requisitos. Durante el proceso y las entrevistas que se deben mantener con el menor, sus padres, los letrados, así como con las víctimas receptoras del acto inadecuado del menor/adolescente, siempre se ha de tener presente, que sean las propias partes en conflicto las que puedan percibir que tienen el control del proceso. Que están en situación de emitir, todos, respuestas diferentes y creativas mucho más satisfactorias para poner punto final, no solo al conflicto inicial, sino al proceso judicial.

El artículo 19 de la Ley prevé el desistimiento de la continuación del expediente por la conciliación o la reparación entre el menor y la víctima, que da lugar a la solicitud por parte del Ministerio Fiscal al Juez de Menores de sobreseimiento y archivo de las actuaciones. En todo caso, el desistimiento sólo podrá llevarse a cabo cuando el hecho imputado al menor sea constitutivo de delito menos grave o de falta. En dicho artículo se señala especialmente la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos.

Las funciones de mediación entre el menor y la víctima del delito, la información sobre los compromisos adquiridos y el grado de cumplimiento, se atribuyen al equipo técnico. En el caso que este equipo valore como adecuado el planteamiento de la conciliación o la reparación a la víctima, no deberá realizar el informe técnico que regula la ley de forma preceptiva en el procedimiento de menores. En el caso que se produzca la conciliación entre el menor y la víctima o que se cumpla la reparación acordada, es decir, la mediación, el Ministerio Fiscal deberá solicitar el sobreseimiento y archivo de las actuaciones al Juez de Menores. En los casos que no se cumpla con lo establecido, proseguirá la tramitación del expediente.

También la ley que nos ocupa regula la posibilidad de la revisión de la medida impuesta con base a determinados requisitos. De esta manera, el Juez de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o del letrado del menor, previa audiencia de estos y del Equipo Técnico, podrá en cualquier momento dejar sin efecto la medida impuesta, reducir su duración o sustituirla por otra, siempre que redunde en el interés del menor y que el tiempo de cumplimiento de la medida haya significado suficiente reproche para el menor.

En el artículo 51 de la Ley se prevé con relación a la conciliación y, aunque el artículo no lo mencione expresamente, que también es posible, con la reparación a la víctima, que en el momento en que ésta se produzca, pueden dejar sin efecto la medida impuesta. Para que se den estos efectos debe proponerlo el Ministerio Fiscal o el Letrado del Menor al Juez de Menores y éste debe oír al equipo técnico.

En estos últimos supuestos, la reparación a la víctima no operará como alternativa al procedimiento sino a la medida que se hubiera impuesto. Respecto al tipo de organismo encargado a llevarlos a cabo. Éste puede ser:

- La administración pública.
- Un centro privado concertado con la administración pública
- Un centro privado.

En todos los casos, estos programas tendrán que ser validados por la instancia judicial competente. Además, la conciliación del menor con la víctima, en cualquier momento en que se produzca el acuerdo entre ambos a que se refiere el artículo 19 de la presente Ley, podrá dejar sin efecto la medida impuesta cuando el Juez oídos el Ministerio Fiscal, el Letrado defensor, el Equipo Técnico y la representación de la

Entidad Pública de protección o reforma de menores, juzgue que dicho acto y el tiempo de duración de la medida ya cumplido, expresan suficientemente el reproche que merecen los hechos cometidos por el menor. El mediador, como se ha ido indicando, debe ser percibido como tercero neutral, encargado de fomentar y abrir el dialogo, que “facilite” el encuentro entre el menor infractor y la víctima de la infracción, no sólo debe observar e informar sino preparar a las partes para el encuentro introduciendo elementos de reflexión que posibiliten si es necesario un cambio de actitud, que casi siempre la experiencia nos ha demostrado que este cambio es necesario, para que se pueda producir con efectividad el acuerdo entre las partes.

Se indica⁵ a los mediadores que resuelvan problemas pero que se abstengan de adoptar precisamente las actitudes que son necesarias para ello. O que controlen el proceso sin influir en el contenido, aspecto de límites borrosos. Sin ser protagonista del proceso de mediación, ya que este papel hay que dejarlo para el menor y su víctima, si debe ser ese guía, aceptado por ambas partes, neutral. Durante todo el proceso se debe estar atento a las necesidades y al desarrollo de cómo conducir y ayudar a ambas partes a que lleguen al acuerdo final, priorizando los siguientes objetivos:

a) Objetivos específicos generales:

- 1.- La reparación de los perjuicios causados a las víctimas.
- 2.- La responsabilización y reinserción del menor infractor.
- 3.- La reconstrucción del tejido social, a través de la pacificación por medio de la solución dialogada del conflicto.
- 4.- Prevenir la reincidencia por medio de la responsabilización del menor de sus propios actos y las consecuencias de los mismos.

b) Objetivos específicos de cara al infractor:

1. La responsabilización por las acciones propias y sus consecuencias.
2. Compensación y reparación con su esfuerzo personal a la víctima (cambio atribucional)
3. Participación activa en el proceso de resolución del conflicto.

⁵ BARUCH BUSH, R./FOLGER J.P. La Promesa de Mediación, Granica, 1996, p. 123

4. Prevención de la reincidencia a través de la responsabilización frente todo el sistema. Ante sí mismo, ante la víctima, sus padres, el letrado y el sistema de justicia penal de menores.

Basándonos en la teorías de “Modulación situacional: proceso de atribución”, se viene a decir que ⁶:

“Los procesos de atribución modulan la conducta de los individuos: a posteriori se interpretan las causas que han determinado la propia conducta o la de las personas a las que observamos y de este análisis lleva a modificar los determinantes de futuras conductas (las expectativas y valores con que el individuo se enfrentó a la situación), con el fin de presentarse de forma más adaptativa en las próximas ocasiones”.

El estudio de la atribución se centra, en términos generales, en analizar las causas que las personas utilizan para explicar su conducta, o la de los demás, y la forma en que estas interpretaciones afectarán a la conducta futura. Es decir, el menor ha de interpretar su acción una vez ésta ya ha ocurrido y debemos ayudarle a descubrir cuál es su interpretación. Por ello a través de los programas de mediación, se erigen como un buen instrumento para ayudar el menor a que reelabore y reflexione hasta dónde él es dueño de su conducta y por lo tanto responsable de las consecuencias de las mismas. El fin es que pueda realizar una correcta interpretación y por lo tanto cambio de conductas (cambio de atribución), de cara a que ante una situación futura de características similar no repita una conducta desadaptativa/delictiva y por el contrario pueda tener una respuesta adecuada y desde su propio locus de control. Es decir, la mediación es un instrumento que además de centrarse en el momento presente, partiendo de un hecho pasado, puede prevenir conductas en el futuro.

c) Objetivos específicos de cara a la víctima:

1.- Conocer la vivencia que sobre el hecho tiene la víctima.

2.- La oportunidad de participar en la resolución del conflicto a través de un diálogo con el menor para que este se responsabilice contemplando las consecuencias concretas de su acto.

3.- Beneficiarse psicológicamente de tal diálogo.

4.- Permitir la compensación por los daños causados, o bien una reparación indirecta del daño cometido o incluso dar la oportunidad al perjudicado de renunciar a la reparación si así lo desea y por supuesto otorgar el perdón al menor.

⁶ MAYOR J/PINILLOS J.L. Tratado de Psicología General, Alhambra, Madrid, 1989, p. 96.

Así podemos sintetizar los objetivos a conseguir en la siguiente tabla:

OBJETIVOS GENERALES	OBJETIVOS DE CARA AL INFRACTOR	OBJETIVOS DE CARA A LA VÍCTIMA
Reparación de los perjuicios causados a la víctima	Responsabilización de las acciones propias y sus consecuencias	Conocer la vivencia que sobre el hecho tiene víctima
Responsabilización y reinserción del menor infractor	Compensación/reparación con su esfuerzo personal a la víctima	Participación activa en la resolución del conflicto
Reconstrucción del tejido social	Participación activa en el proceso de resolución	Beneficio psicológico
Prevención de la reincidencia	Prevención reincidencia a través de la responsabilización. Cambio atribucional de su conducta	Permitir ser compensado

VI. PROGRAMAS

La idoneidad del menor a participar en el programa viene establecida por la aceptación “voluntaria” de colaborar en el mismo. Es decir, todo menor al que se le ofrezca, a instancia de la Fiscalía de Menores, la posibilidad de colaborar en el programa, el servicio de mediación lo va a gestionar. No vamos a cuestionar si este supuesto “delito y/ o falta” es posible que pueda ser mediable o no. No nos compete *juzgar* algo así. Será siempre puesto en conocimiento esta propuesta a los padres del menor y al menor. Siendo durante la entrevista con éste y su familia, donde se analizarán y evaluarán las condiciones de por qué si o por qué no, les interesa acogerse al trámite del expediente judicial vía este programa. Así mismo debemos realizar la propuesta a la otra parte, es decir, el denunciante/perjudicado y tras las entrevistas pertinentes nos indicará si desean colaborar con el mismo o por el contrario renuncia a la participación en la solución amistosa del conflicto que les llevó a denunciar ante la ley.

Los diferentes modelos de programas se especifican, sin perjuicio de otras modalidades que van surgiendo en función de cómo las partes van sugiriendo otras actividades de acuerdos. Estos son:

- I. DISCULPAS.
- II. CONCILIACIÓN O AVENENCIA.
- III. REPARACIÓN A LA VÍCTIMA.

IV. REPARACIÓN CON INICIATIVA DE LAS PARTES

V. PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD

VII. MEDIACIÓN ESCOLAR

Un breve comentario sobre los problemas de los menores en el ámbito escolar y resaltar que dentro de los colegios, también existe la puesta en marcha de los programas de mediación, siendo ello necesario porque, en cualquier lugar donde haya niños en crecimiento hay problemas que deben ser resueltos, según los tiempos sociales que nos toca vivir, de una forma efectiva. Sobre el acoso escolar, nos encontramos que en todos los lugares (tanto del ámbito nacional como internacional), se constata la incidencia del acoso escolar sin que haya diferencias notables por el contexto geográfico, cultural o educativo. Al margen de las consideraciones especiales que cada caso debe tener y por lo tanto de la adecuada intervención, cada centro se ajunta al plan de convivencia de centro. La mejor forma de prevenir la violencia es construir la convivencia. La resolución de los conflictos conlleva una implicación de toda la comunidad educativa y de la sociedad en general. En los centros se desarrollan planes y programas de intervención preventiva.

Cabe destacar que la Comunidad Autónoma de Cataluña es sin duda la más pionera, arrancando en el año 1990 con programas de mediación de menores, con más de un 32%, seguida de la Comunidad del País Vasco cuyas cifras son muy próximas al 30%, después ligeramente por debajo encontraríamos a la Comunidad Valenciana con un 21,69% y a la Comunidad de Madrid con un 16,92% y, finalmente, ya mucho más atrás estaría la Comunidad de Andalucía con poco más del 10%.

Los programas de mediación juvenil se están aplicando desde el año 1990. En todos los programas se considera la mediación como un mecanismo de desjudicialización para evitar el proceso penal. Se encuadran, pues, dentro del contexto de desjudicialización propiciado por las Reglas de Pekín, coincidiendo con la mayor parte de los programas desarrollados tanto en América del Norte como en distintos países de Europa. En otros países donde este tipo de programas ha alcanzado más desarrollo, las ONG's desempeñan un papel importante en su ejecución, mientras que en el caso de España hay un predominio mucho mayor, e incluso casi exclusivo, del sector público en estos programas que en el resto de la Unión Europea o EEUU.

En las XVII Jornadas de Coordinación de Defensores del Pueblo acordaron, entre otros, el acuerdo siguiente:

"9.ª— Igualmente, se aprecia la necesidad de poner en marcha, allí donde no se está haciendo, los Programas de Mediación y Mediación-Reparación previstos en la ley y potenciar su uso, para lo que es imprescindible incrementar los medios materiales y humanos con que cuentan los equipos técnicos de las Fiscalías de Menores, encargados de tramitar el proceso de mediación (artículo 19)".

Hay que poner de manifiesto, además, que esta tendencia deviene a nivel supranacional de diversos programas y normativas como la indicación de la Comisión de Prevención de los Delitos de ONU, según la cual la mediación permite a las partes afectadas por el delito, mediante la participación voluntaria, compartir sus sentimientos, experiencias y necesidad, dando a las víctimas la oportunidad de obtener su reparación. También se pronuncia al respecto la Convención de los Derechos del Niño (ONU 1989), en los artículos 3 y 40.

VIII. ALGUNAS CONTRADICCIONES DE LA MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO PENAL

En el ámbito penal existen contradicciones importantes a la hora de mediar entre las partes implicadas. Las mismas características de las partes y el posicionamiento con el que llegan a la justicia ya resulta significativo en este sentido.

Las contradicciones se dan por tres motivos:

1.- La diferencia entre las partes.

No hay una situación de igualdad y equilibrio entre las partes, tal como sería conveniente, en un proceso de mediación. Aunque infractor y víctima son actores del mismo conflicto, cada uno de ellos tiene un posicionamiento distinto. Es el infractor quien ha cometido el delito, el responsable del daño que se ha cometido. La víctima es la que ha recibido ese daño y la que ha recibido las consecuencias del delito y, de entrada está en una situación de inferioridad respecto al infractor. Además la respuesta penal va dirigida al infractor, él es el punto de referencia y se le ofrece la posibilidad de participar en un programa de mediación-reparación y, en función del resultado, se continuará o no la vía judicial.

Por otra parte, el poder de decisión de los menores está limitado, pueden no tener la capacidad suficiente para abordar un conflicto que ellos mismos han creado, al que sin embargo no pueden dar respuesta y los acuerdos alcanzados pueden estar

supeditados por el miedo a la continuación del proceso judicial y no a los intereses de las partes.

2.- El posicionamiento de las partes cuando entran en la justicia.

Las partes no acceden a la mediación libremente. El infractor normalmente es detenido por la comisión de un delito y presentado ante la instancia judicial. En un juicio se le puede declarar culpable e imponerle una medida o pena que deberá cumplir forzosamente. Cuando se le ofrece la posibilidad de participar en un programa de mediación-reparación está más pendiente de evitar un juicio que de entender la alternativa propuesta. Las dos cuestiones anteriores hacen que el infractor, cuando escoge la alternativa de la mediación no actúe con la libertad que necesita el proceso: no tiene el convencimiento necesario o puede llegar a acuerdos no asumidos por miedo a la continuidad de un proceso judicial que, como decíamos, quiere evitar a toda costa.

En cuanto a la víctima, ésta no presenta tantos condicionamientos como el joven infractor, pero siente recelo de todo lo que proviene de un ámbito que tradicionalmente la ha usado exclusivamente como testigo de unos hechos que hay que enjuiciar, sin atender a su situación personal, independientemente de la indemnización que pueda conseguir. La víctima es consciente que no es a ella a quien se ha ofrecido el programa, sino al infractor, y ella sólo constituye el complemento necesario para poderlo llevar a cabo.

3.- La figura del profesional

El profesional que actúa como mediador en el ámbito penal es, antes que nada, el responsable de controlar la realización de un programa de reparación a la víctima, teniendo que informar del resultado a la instancia judicial para que ésta pueda hacer la valoración posterior. Esta situación plantea tres cuestiones deontológicas importantes para los profesionales: la neutralidad, la independencia y la confidencialidad.

La neutralidad: El mediador, tiene que tener un posicionamiento diferente respecto a ellas dado que su objeto principal de trabajo es el infractor.

La independencia: El mediador se encuentra con una doble dependencia: la administración pública para la que trabaja y la instancia judicial.

La confidencialidad: Para que un programa de reparación sea valorado por la instancia judicial es necesario que ésta esté informada. El contenido de los informes puede vulnerar el principio de confidencialidad.

IX. CONCLUSIÓN

La mediación penal juvenil es la práctica de Justicia Restaurativa más extendida en nuestro contexto. Se define como un proceso mediante el cual las partes, con la ayuda de un tercero o mediador, deciden voluntariamente buscar una solución al conflicto que les separa. En el ámbito penal juvenil, la mediación mantiene unas especialidades entre las cuales destaca su inclusión en el procedimiento judicial y su potencial educativo.

En la actualidad, al amparo de la L.O. 5/2000 y del Reglamento que la desarrolla, podemos concluir que se trata de una práctica extendida y sistematizada, que en la mediación en la justicia de menores engloba, no solo el acto de conciliación entre el menor autor y su víctima conducido por el mediador, sino otras respuestas o soluciones extrajudiciales como la reparación mediante actividad socioeducativa o prestaciones en beneficio de la comunidad. Se trata, por tanto, de una alternativa al proceso judicial de amplio espectro que facilita tanto los programas de mediación como los de reparación directa o indirecta, real o simbólica. Así pues la mediación supone un proceso de andamiaje guiado, por el cual el menor es enfrentado al dolor del otro y cuyas consecuencias en la mayoría de los casos resulta ser beneficiosa.

BIBLIOGRAFÍA

- BARUCH BUSH, R./FOLGER, J.P. La Promesa de Mediación. Granica (1996), p.123.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, I. et al., Manifestaciones de la violencia en la escuela: el clima escolar, en: Educadores, revista de renovación pedagógica, 180, 1996, pp. 35-54.
- FERRATER JOSÉ, Diccionario de Filosofía abreviado, Edhasa, Barcelona, 2008, p. 236
- MAYOR J./PINILLOS J.L., Tratado de Psicología General, Alhambra, Madrid, 1989, p. 96.
- MOORE C., El proceso de Mediación, Granica, 1986, p. 44.
- V.V.A.A., Diccionario de Mediación, Valencia, 2002, Asociación para el progreso de la Mediación y la Conciliación (APROMECA). Asociación Juvenil para la Mediación y la Conciliación (AJUMECO), p. 241.

* * * * *

Juan Alejandro Vallino Gutiérrez

Juez Sustituto adscrito al Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias. Socio FICP.

~El hallazgo casual y el descubrimiento inevitable como excepción a la ilicitud de la prueba en el proceso penal~

Resumen.- La teoría del fruto del árbol envenenado, nacida de la jurisprudencia norteamericana tuvo su reflejo en las resoluciones de nuestros Tribunales a partir de 1984, que dio comienzo en España a partir de la promulgación de la LOPJ, a un cuerpo jurisprudencial y doctrinal llamado a interpretar y a conjugar los diferentes derechos fundamentales en juego, diseñando la forma de actuar en las diligencias de investigación con el fin de evitar una trasgresión de derechos tan importantes como el derecho a la inviolabilidad del domicilio o al secreto de las comunicaciones, creando figuras como el descubrimiento inevitable o el hallazgo casual, que dieran cobertura jurídica a los encuentros ocasionales surgidos en el seno de una investigación dirigida al esclarecimiento de otros delitos, no sin ciertos vaivenes en la doctrina fijada por nuestros Altos Tribunales.

Palabras clave.- Prueba ilícita, teoría del fruto del árbol envenenado, excepción, descubrimiento inevitable, hallazgo casual, conexidad, adición, flagrante, oscilación.

I. LA CONSTRUCCIÓN LEGAL DE LA PRUEBA ILÍCITA

La Constitución Española (CE) no contiene norma alguna que regule la prueba ilícita y el tratamiento que de la misma haya de hacerse en el seno de un procedimiento, aunque si contiene un elenco de derechos de los que puede extraerse su aplicación, tales como el derecho a la defensa, a no declarar o a no declarar contra si mismo, a ser informado de las razones de la detención o de la acusación que se formule, todos ellos dirigidos fundamentalmente al acusado de un delito. Junto con ellos se regulan otros derechos o garantías como el secreto de las comunicaciones y la inviolabilidad del domicilio, cuya aplicación conjunta con los anteriores ha servido para elaborar un corpus jurisprudencial que ha venido a determinar la validez probatoria y la prohibición de las pruebas extraídas con vulneración de tales derechos.

Esta doctrina parte de la elaborada en Estado Unidos de la *exclusionary rule* y la conocida como “el fruto del árbol envenenado”, *fruits of the poisonous tree doctrine*, que tiene como exponente la sentencia del caso *Nardone vs. US* que usa como precedente la sentencia del caso *Silverstone Lumber Co. v. US*¹. La doctrina americana hace referencia a las pruebas obtenidas de manera ilícita, y que se sintetiza en el símil utilizado MARTÍNEZ RODRÍGUEZ y MORENO CABELLO², en *hacer uso de una prueba*

¹ VELASCO NÚÑEZ, E., Prueba obtenida ilícitamente. Doctrina del "fruto del árbol envenenado": correcciones actuales y tendencias de futuro, en: Medidas restrictivas de derechos fundamentales, Cuadernos de Derecho Judicial 12/1996, CGPJ.

² MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, J.A./MORENO CABELLO, M.A., La doctrina del fruto del árbol envenenado, Noticias Jurídicas, <http://noticias.juridicas.com/articulos/10-Derecho-Comunitario/780-la-doctrina-del-fruto-del-rbol-envenenado>

ilegal (árbol) que conlleva un descubrimiento ilícito (fruta), destacando a su vez dos teorías, la de la fuente independiente, entendida como aquella en la que se obtiene una prueba por una vía diferente a la utilizada para obtener la prueba ilegal, y la teoría del descubrimiento inevitable, en la que la prueba obtenida de forma ilícita hubiera sido igualmente descubierta de forma lícita porque el acontecer de los hechos hubiera llevado a ella de forma inevitable.

La doctrina del fruto del árbol envenenado cristalizó en España a través de la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 114/1984, de 29 de noviembre, que establece la prohibición de la valoración de pruebas obtenidas con violación de los derechos fundamentales. Un año más tarde, se promulga la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), cuyo artículo 11.1 recoge la tesis del Alto Tribunal, que quita validez a las pruebas obtenidas con vulneración, ya sea directa o indirectamente, de derechos fundamentales³, y en el ámbito procesal en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) al establecer que *cuando algunas de las partes entendieran que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se ha vulnerado derechos fundamentales habrá que alegarlo de inmediato, con traslado, en su caso, a las demás partes*⁴.

Para adentrarnos en la teoría de la prueba ilícita de novedoso reconocimiento por la referida STC, haremos un breve acercamiento a los hechos y fundamentos de derecho que sustentan la tesis del Alto Tribunal que abriría un nuevo camino en el proceso, fundamentalmente en el penal, aunque dicha resolución fuera dictada en el seno de un procedimiento laboral.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 114/1984

Como advirtió COSTA TORNE⁵, desde la STC 114/1984, el Alto Tribunal *ha venido manteniendo la prohibición absoluta de valoración de pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales*, pronunciamiento que se ha reiterado en sentencias posteriores como la STC 49/1996⁶, al señalar que “La interdicción de la admisión de la prueba prohibida por vulneración de derechos fundamentales deriva

³ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial, Art. 11.1 “En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales.”

⁴ Art. 287 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

⁵ COSTA TORNE, M.C., La prueba ilícita por violación de derechos fundamentales y sus excepciones, Revista de Derecho UNED, núm. 11, 2012, pp. 137- 161.

⁶ Tribunal Constitucional Sala 1ª, S 26-3-1996, nº 49/1996, BOE 102/1996, de 27 de abril de 1996, rec. 34/1994, FJ. 5º.

directamente de la CE, por la colisión que ello entrañaría con el derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes (art. 24,2 y 14 CE); y se basa, asimismo, en la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables (art. 10,1 CE).”.

El asunto sometido a consideración del Tribunal en la Sentencia que comentamos, trata de un supuesto en el que un periódico despide a un redactor alegando como motivo del despido la deslealtad y falta de buena fe con la empresa, y ello debido a las manifestaciones realizadas en el seno de una conversación telefónica privada con un cargo de la administración, grabación que fue utilizada en el juicio como prueba de los motivos de la sanción que llevó a la extinción de la relación laboral, que fue admitida por el Tribunal, y cuya sanción fue posteriormente confirmada por el Tribunal Supremo (TS). En el recurso de amparo contra la sentencia del TS, el recurrente alegó la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones consagrado en el artículo 18.3 CE, así como la violación del artículo 24.2 de la Carta Magna, referido al derecho a un proceso con todas las garantías.

En respuesta al supuesto planteado, parte el Tribunal del hecho de que *en el Derecho español el problema de la prueba ilícitamente obtenida sigue abierto, por la carencia de disposición expresa*, y realiza un planteamiento sobre la prevalencia de la justicia material en orden a obtener la verdad, frente a las relaciones jurídicas subjetivas del ciudadano, entendiendo que cuando estas últimas parten de derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, sin duda han de colocarse en lugar preferente respecto de la primera⁷, aunque matiza que *la hipotética recepción de una prueba antijurídicamente lograda, no implica necesariamente lesión de un derecho fundamental*, de lo que podemos extraer, siguiendo a RODRÍGUEZ LAINZ⁸, en comentario a la referida sentencia, que la prueba ilícitamente obtenida aportada al proceso penal no

⁷STS 114/1984, FJ. 4º, “En realidad el problema de la admisibilidad de la prueba ilícitamente obtenida se perfila siempre en una encrucijada de intereses, debiéndose así optar por la necesaria procuración de la verdad en el proceso o por la garantía -por el ordenamiento en su conjunto- de las situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos. Estas últimas acaso puedan ceder ante la primera exigencia cuando su base sea estrictamente infraconstitucional, pero no cuando se trate de derechos fundamentales que traen su causa, directa e inmediata, de la norma primera del ordenamiento. En tal supuesto puede afirmarse la exigencia prioritaria de atender a su plena efectividad, relegando a un segundo término los intereses públicos ligados a la fase probatoria del proceso.

⁸ RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., Exclusionary rules y garantías procesales en el ordenamiento procesal penal español, Diario La Ley, nº 8203, Sección Doctrina, 2013, Año XXXIV, p. 12. Refiere el autor que “El derecho a la no inclusión en el acervo probatorio de una prueba ilícitamente obtenida o derivada de ésta no es sino una de las garantías procesales, instrumentales, del derecho a un juicio justo o equitativo, y sus derivados de la igualdad de partes y presunción de inocencia; por lo que la aportación probatoria de una prueba ilícitamente obtenida no necesariamente afectará a dicho derecho.”.

conlleva necesariamente la vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, sin perjuicio de que, en su caso, pueda vulnerar el derecho a un proceso justo y equitativo, conclusión a la que llega el TC en la resolución que comentamos, como más adelante veremos, y que se ve reflejada en el voto particular emitido por el Magistrado don Guillermo Jiménez Sánchez⁹ a la STC 22/2003, al defender que la valoración de la prueba ilícitamente obtenida aún no estando proclamada en el texto constitucional afecta a las garantías procesales reconocidas en el artículo 24.2 de la Carta Magna y por ello, prohibido por la Constitución.

Concluye el TC, y siguiendo nuevamente a COSTA TORNE¹⁰, declarando la imposibilidad de que pueda ser admitida una prueba en el proceso, en cualquier proceso pues ha de tenerse en cuenta que esta sentencia trae causa de un procedimiento sobre despido, que haya sido obtenida con desprecio o vulneración de un derecho fundamental, una garantía institucional o una libertad pública¹¹, y sentencia que

el concepto de "medios de prueba pertinentes" que aparece en el mismo art. 24.2 CE pasa, así, a incorporar, sobre su contenido esencialmente técnico-procesal, un alcance también sustantivo, en mérito del cual nunca podrá considerarse "pertinente" un instrumento probatorio así obtenido¹².

Además de lo expuesto, la Sentencia comentada contiene una doctrina de gran relevancia que merece ser comentada, aunque sea de forma somera por exceder de los límites de este trabajo y que, no obstante, podría dar lugar a su tratamiento separado. Nos referimos en concreto a los razonamientos contenidos en el fundamento jurídico octavo, y que a modo de resumen concluye:

“Como conclusión, pues, debe afirmarse que no constituye contravención alguna del secreto de las comunicaciones la conducta del interlocutor en la conversación que graba ésta (que graba también, por lo tanto, sus propias manifestaciones personales, como advierte el Mº Fiscal en su escrito de

⁹Tribunal Constitucional Sala 2ª, S 10-2-2003, nº 22/2003, BOE 55/2003, de 5 de marzo de 2003, rec. 4400/1999, Voto particular que formula el Magistrado D. Guillermo Jiménez Sánchez respecto del fallo y la fundamentación jurídica de la Sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 4400/99, “Desde la STC 114/1984, de 29 de noviembre EDJ 1984/114, hemos sostenido que, aun cuando la prohibición de valorar en juicio pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos no se halla proclamada en un precepto constitucional, tal valoración implica una ignorancia de las garantías propias del proceso (art. 24.2 CE EDL 1978/3879) y una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio, y que, en virtud de su contradicción con ese derecho fundamental y, en definitiva, con la idea de "proceso justo", debe considerarse prohibida por la Constitución (STC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 5 EDJ 1984/114 y, entre las más recientes, SSTC 81/1998, de 2 de abril, FJ 2 EDJ 1998/1494; 69/2001, de 17 de marzo, FJ 26 EDJ 2001/1270; 28/2002, de 11 de febrero, FJ 4 EDJ 2002/3372).”.

¹⁰COSTA TORNE, M.C., Revista de Derecho UNED, núm. 11, 2012.

¹¹Tribunal Constitucional Sala 2ª, S 29-11-1984, nº 114/1984, BOE 305/1984, de 21 de diciembre de 1984, rec. 167/1984, FJ. 4º.

¹²Tribunal Constitucional Sala 2ª, S 29-11-1984, nº 114/1984, BOE 305/1984, de 21 de diciembre de 1984, rec. 167/1984, FJ. 5º.

alegaciones). La grabación en sí -al margen su empleo ulterior- sólo podría constituir un ilícito sobre la base del reconocimiento de un hipotético "derecho a la voz" que no cabe identificar en nuestro ordenamiento, por más que sí pueda existir en algún Derecho extranjero. Tal protección de la propia voz existe sólo, en el Derecho español, como concreción del derecho a la intimidad y, por ello mismo, sólo en la medida en que la voz ajena sea utilizada "ad extra" y no meramente registrada, y aun en este caso cuando dicha utilización lo sea con determinada finalidad (art. 7.6 de la citada LO 1/1982: "utilización de la voz de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga)."

Diferencia así el Tribunal en cuanto a las grabaciones de las comunicaciones telefónicas realizadas por uno de sus interlocutores sin el consentimiento del otro en dos aspectos, por un lado, la violación del derecho al secreto de las comunicaciones salvaguardado en el apartado tercero del artículo 18 CE¹³, en cuyo caso considera que siendo el interlocutor que realiza la grabación parte de en la conversación grabada, y dado que lo que sanciona el precepto es la interceptación, que implica una injerencia ajena, de un tercero que no participe en la conversación, no se daría la nota de ajenidad necesaria para considerar violado el derecho. En ese caso, habrá de estarse al contenido de la grabación y su difusión pudiendo, en función de tales parámetros, vulnerarse el derecho al honor y a la intimidad consagrados en el artículo 18.1 CE¹⁴, no así a la propia imagen que, como es sabido, va referido a la imagen física, y por tanto imposible de violar por medio de una grabación sonora.

Acercando dicha cuestión al supuesto que nos ocupa, no cabe por tanto considerar como prueba ilícita la obtenida por medio de la grabación o interceptación de una conversación telefónica, y por tanto vulneradora del derecho fundamental protegido por el artículo 18.3 CE, cuando la interceptación no es realizada por un tercero ajeno al núcleo de la conversación, de suerte que, según esta interpretación, la conversación grabada por uno de sus interlocutores es válidamente obtenida, no contraria al derecho al secreto de las comunicaciones y por tanto idónea como medio de prueba, sin perjuicio de que con la misma pudiera vulnerarse el derecho al honor y a la intimidad, en función del contenido de la conversación y su difusión.

Pero a la vista de lo anterior, cabría preguntarse si podría considerarse ilícita la grabación realizada por un tercero con la autorización, o incluso a petición de uno de sus interlocutores. En este caso, la manipulación del aparato de interceptación es ajena al núcleo de la grabación y realizada por persona que no interviene en la misma, pero con

¹³Art. 18.3 CE: "Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.

¹⁴Art. 18.1 CE: "Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen."

autorización, o incluso a petición de uno de sus participantes. Siguiendo el tenor literal de la doctrina expuesta, la respuesta tendría que ser positiva, por cuando proviene del exterior, sin embargo, también podría entenderse en el caso de que sea a petición del participante en la conversación, que la persona que realiza la grabación no actúa por cuenta e interés propio, sino del interlocutor solicitante, y por tanto la actuación de aquel sería una extensión de la voluntad de este, siendo por tanto este último el que realizaría la interceptación del que el ejecutor no sería más que un medio y por ello la prueba, en cuanto ideada y ejecutada intelectualmente por el interlocutor, podría ser válida. Igual conclusión ha de alcanzarse respecto de la autorización, aunque por distintos motivos, por poder aplicarse el consentimiento del artículo 545 LECrim para las entradas en domicilio, salvo que existiera un conflicto de intereses entre el autorizante y el interlocutor encausado, conforme a la doctrina jurisprudencia recaída en torno a las diligencias de entrada y registro.

Al margen de lo anterior, la doctrina emanada de la sentencia comentada es posteriormente completada con la STC 85/1994¹⁵, que sienta la tesis de la eficacia refleja de la prueba prohibida¹⁶, y en la que el Tribunal declara la ilicitud de una prueba indiciaria por ser consecuencia de una intervención acordada por providencia, y por tanto no motivada ni expuesto el juicio de proporcionalidad, siendo contraria al derecho al secreto de las comunicaciones. Eficacia refleja o “efecto dominó” como lo tildó el TS en su sentencia 448/1997 en la que señaló que la prohibición alcanza tanto a la prueba ilícitamente obtenida por violación de un derecho fundamental, como a las que lo hayan sido por apoyo o derivación de la anterior¹⁷.

¹⁵Tribunal Constitucional Sala 1ª, S 14-3-1994, nº 85/1994, BOE 89/1994, de 14 de abril de 1994, rec. 565/1992, Pte: García-Mon y González-Regueral, Fernando.

¹⁶GÓMEZ COLOMER, J.L., Prueba prohibida e interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, Temas Penales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Anuario de Derecho Penal 2008, pp. 145-188.

¹⁷Tribunal Supremo Sala 2ª, S 4-3-1997, nº 448/1997, rec. 218/1996, Pte: Conde-Pumpido Tourón, Cándido, FJ. 2º, “El art. 11.1 de la L.O.P.J. EDL 1985/8754 dispone que “En todo tipo de procedimientos no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”. La prohibición de la prueba constitucionalmente ilícita y de su efecto reflejo pretende otorgar el máximo de protección a los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados y, al mismo tiempo, ejercer un efecto disuasor de conductas anticonstitucionales en los agentes encargados de la investigación criminal (“Deterrence effect”).

La prohibición alcanza tanto a la prueba en cuya obtención se haya vulnerado un derecho fundamental como a aquellas otras que, habiéndose obtenido lícitamente, se basan, apoyan o derivan de la anterior, (“directa o indirectamente”), pues sólo de este modo se asegura que la prueba ilícita inicial no surta efecto alguno en el proceso. Prohibir el uso directo de estos medios probatorios y tolerar su aprovechamiento indirecto constituiría una proclamación vacía de contenido efectivo, e incluso una incitación a la utilización de procedimientos inconstitucionales que, indirectamente, surtirían efecto. Los frutos del árbol envenenado deben estar, y están (art. 11.1 de la L.O.P.J. EDL 1985/8754), jurídicamente contaminados.”.

III. EXCEPCIONES A LA PRUEBA ILÍCITA

Esta doctrina jurisprudencial sentada desde la Sentencia de 1984, no tuvo largo recorrido, concretamente hasta 1995, pues como advirtió GÓMEZ COLOMER¹⁸, la teoría de la eficacia refleja supuso la puesta en libertad de muchos criminales, lo que obligó a un giro que dio lugar, a partir de la STC 86/1995¹⁹, a las excepciones a la prueba ilícita, que fundamentalmente se centran en tres, la prueba jurídicamente independiente, la excepción del descubrimiento inevitable y el hallazgo casual, estas dos últimas de la mano del Tribunal Supremo.

Centrados en las dos excepciones introducidas por el TS, no podemos pasar por alto un breve comentario a la prueba jurídicamente independiente, como se dijo, introducida por la Sentencia de 1995, basada en que solo queda contaminada la prueba ilegalmente obtenida, pero no aquellas otras que lo hubieran sido de forma independiente, como también hizo en la sentencia 54/1996²⁰, en la que se condenó al acusado porque pese a la ilegalidad de la intervención telefónica, habían pruebas de cargo independientes suficientes para enervar la presunción de inocencia, en ese caso una testifical y la propio reconocimiento de los hechos por parte del acusado en declaración prestada con todas las garantías.

1. El descubrimiento inevitable

De creación jurisprudencial por el Tribunal Supremo, el descubrimiento inevitable, o también denominado “hallazgo inevitable”, es una teoría importada de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, concretamente en el caso NX contra Williams, que se plasma en la Sentencia 974/1997, y es, para GÓMEZ COLOMER²¹, un perfeccionamiento de la teoría de la prueba independiente.

Esta teoría supone, en palabras de RODRÍGUEZ LAINZ²², “un juicio de probabilidad, cercano a la convicción de certeza, sobre si de haberse operado con la

¹⁸GÓMEZ COLOMER, J.L., Anuario de Derecho Penal 2008, p. 158.

¹⁹Tribunal Constitucional Sala 1ª, S 6-6-1995, nº 86/1995, BOE 162/1995, de 8 de julio de 1995, rec. 2682/1992, Pte: Gimeno Sendra, Vicente,

²⁰Tribunal Constitucional Sala 1ª, S 26-3-1996, nº 54/1996, BOE 102/1996, de 27 de abril de 1996, rec. 79/1995, Pte: Gimeno Sendra, Vicente, FJ. 9º, “En definitiva, tal manifestación testifical y la propia declaración del recurrente en amparo reconociendo la entrevista constituyen prueba de cargo practicada con independencia de la prueba telefónica inconstitucionalmente obtenida. El TS, considera de manera razonada y motivada, que esta prueba no afectada en su procedencia por la prueba inconstitucional, es suficiente para acreditar la culpabilidad del recurrente, por lo que procede la desestimación del recurso de casación planteado.”.

²¹GÓMEZ COLOMER, J.L., Anuario de Derecho Penal 2008, p. 161.

²²RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., Diario La Ley, nº 8203, Sección Doctrina, 2013, Año XXXIV, p. 8.

rectitud que requería el derecho fundamental transgredido se hubiera obtenido el mismo resultado jurídico”, es decir, si el devenir lógico y natural de la investigación hubiera llevado a obtener el mismo resultado que el extraído de la prueba ilícitamente obtenida, aunque para su validez, según VELASCO NÚÑEZ²³, ha de exigirse la existencia de una investigación previa a la actuación violadora del derecho fundamental, para evitar que esta se convierta en el punto de arranque de la investigación, invirtiendo así su proceso lógico.

El Tribunal Supremo se refiere a esta doctrina en su sentencia 885/2002²⁴, que resuelve el recurso de casación interpuesto contra una Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida²⁵, y dictada en el seno de un procedimiento en el que al acusado de un delito de homicidio se le había extraído un molde dentario sin las garantías procesales, y en la que acepta la tesis cuando las pruebas hubieran llevado necesariamente al mismo resultado que la prohibida, y así explica esta doctrina en los siguientes términos:

“Cuando la experiencia indica que las circunstancias hubieran llevado necesariamente al mismo resultado, no es posible vincular causalmente la segunda prueba a la anterior, pues en tales casos faltará la llamada, en la terminología del Tribunal Constitucional, "conexión de antijuricidad", que, en realidad presupone, en todos los casos, una conexión causal. Por lo tanto, allí donde la prueba se hubiera obtenido de todos modos, sin necesidad de recurrir a otra anterior, faltará la conexión de antijuricidad, es decir, la relación causal de la primera con la segunda. Con otras palabras: todo resultado que se hubiera producido aunque una de sus condiciones no se hubiera producido, no es el resultado de esa condición.”

Esta teoría no ha estado exenta de críticas, pues la apreciación de la validez de la prueba está sujeta a una interpretación subjetiva, o como se ha dicho por algún autor, de entre ellos el mencionado, un juicio de probabilidad por parte del Tribunal sobre la certeza de alcanzar, por el curso natural de la investigación, la misma conclusión que la obtenida por la prueba ilícita. Como dijo GÓMEZ COLOMER²⁶, citado a Miranda ESTRAMPES, *su mayor inconsistencia reside en que en función del caso el descubrimiento inevitable puede basarse en meras hipótesis, suposiciones o conjeturas, no en hechos claramente probados.*

2. El hallazgo casual

²³VELASCO NÚÑEZ, E., en: Medidas restrictivas de derechos fundamentales, Cuadernos de Derecho Judicial 12/1996, p. 8.

²⁴Tribunal Supremo Sala 2ª, S 21-5-2002, nº 885/2002, rec. 937/2001, Pte: Bacigalupo Zapater, Enrique.

²⁵Sentencia Audiencia Provincial de Lleida, sec. 1ª, S 15-10-2001, nº 590/2001, rec. 20/1999, Pte: Ariste López, Luis Fernando.

²⁶GÓMEZ COLOMER, J.L., Anuario de Derecho Penal 2008, p. 162.

Otra de las excepciones a la prohibición de la prueba, se basa en la aparición de pruebas no buscadas en el marco de una diligencia de investigación acordada para la obtención de pruebas relativas a un ilícito distinto al investigado, o que afecte a personas diferentes a las que eran objeto de la investigación. Para ECHARRI CASI²⁷, los hallazgos casuales

se producen en aquella situación en la que habiéndose obtenido la correspondiente habilitación judicial para la práctica de una diligencia que afecta a los derechos fundamentales del sujeto investigado (entrada y registro en domicilio, intervención de las comunicaciones), con motivo de una persecución de una serie de conductas delictivas concretas y determinadas, aparecen fuentes de prueba relativas a otro u otros delitos distintos, de los cuales no se tenían noticias con anterioridad, cuando menos por los agentes intervinientes en aquella,

o según DÍEZ CABIALE y MARTÍN MORALES²⁸, que lo considera como *aquel hallazgo que se produce en el marco de una determinada investigación habilitada en origen para distinta finalidad, habilitación que puede ser solamente nominativa.*

La jurisprudencia del Tribunal Supremo en este tema, como en muchos otros, no ha sido unánime. Así, si atendemos a la STS 1706/1993²⁹, la prueba obtenida en una diligencia de entrada y registro acordada para la investigación de un delito distinto a aquel que revela la prueba hallada casualmente, lo ha sido con vulneración de derechos fundamentales y por ello no es válida para enervar el principio de presunción de inocencia que asiste al acusado. Por su parte, la Sentencia 982/1994³⁰, entiende que

²⁷ECHARRI CASI, F.J., Prueba ilícita: Conexión de antijuricidad y hallazgos casuales, Revista del Poder Judicial nº 69, 2003, p. 286.

²⁸DÍAZ CABIALE, J.A./MARTÍN MORALES, R., La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida, Editorial Cívitas, 2001, p. 190.

²⁹Sentencia Tribunal Supremo Sala 2ª, S 2-7-1993, nº 1706/1993, rec. 2078/1988, Pte: Moyna Ménguez, José Hermenegildo, FJ. Único, “Dicha diligencia de entrada y registro, que es el origen del hallazgo de la droga y demás elementos de convicción y del reconocimiento del acusado, suma a la irregularidad formal derivada de la ausencia del fedatario judicial, el importante e insubsanable defecto de haberse extendido no sólo al delito investigado -robo-sino a otro delito -tráfico de drogas- sin una intervención judicial intercedente -previa suspensión de la diligencia con las medidas cautelares adecuadas- que resolviera la procedencia de extender el registro a los nuevos hechos, en el supuesto -valorable por el Juzgado- de que el principio de proporcionalidad cubriera la intromisión en el domicilio del acusado de acuerdo con el prevenido en el art. 8.º del Convenio Europeo de los Derechos Humanos (ratificado en Instrumento de 29 de septiembre de 1979), y en los términos recogidos en el Auto de esta Sala de 18 de junio de 1992 y Sentencia de 28 de octubre del mismo año. La diligencia de entrada y registro, en el que tiene arranqué todo el apoyo probatorio de la acusación, no sólo fue procesalmente anómala, sino que vulneró un derecho fundamental del sujeto, cual fue la entrada en su domicilio para practicar una investigación -tráfico de drogas- no cubierta por el mandamiento judicial; en consecuencia, la prueba obtenida, que no es simplemente irregular sino que violenta los derechos y libertades fundamentales -dice el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754- no surtirá efecto, y, al no existir prueba inculpativa válidamente obtenida, la presunción de inocencia debe desenvolver sus naturales efectos, que son los que pide el motivo primero del recurso del acusado.

³⁰Sentencia Tribunal Supremo Sala 2ª, S 4-5-1994, nº 982/1994, rec. 1334/1993, Pte: Ruiz Vadillo, Enrique, FJ. 1º, “Pero, una cosa es que se cierren todas las puertas a la más mínima vulneración de un derecho fundamental y que se elimine cualquier manifestación de indefensión, y otra que se haga imposible la investigación que conduzca al descubrimiento y posterior enjuiciamiento de los delitos que

cuando se produce el hallazgo casual hay que ponerlo en conocimiento del Juez y esperar a su decisión, salvo que la urgencia aconseje otra cosa.

Que la solución no es uniforme, es algo que no se escapa ni al propio Tribunal, si bien la moderna doctrina pasa por distinguir entre la conexión de los delitos, el inicialmente investigado, y aquel al que el descubrimiento ocasional sirve como *notitia criminis*, tal y como expuso en la Sentencia 818/2011³¹, atendiendo a la vinculación directa de la prueba hallada ocasionalmente está vinculada directamente a las que vulneraron el derecho fundamental, pues de no ser así, es decir, si no existe una conexión de antijuricidad, la prueba ocasionalmente hallada sería válida.

Esta tesis fue avalada por el TC en su auto 161/2004³², que considera que el hallazgo casual no está viciado de nulidad por haberse puesto en conocimiento del Juez que amplió la autorización para la investigación del nuevo hecho delictivo, realizando el correspondiente juicio de proporcionalidad entre la gravedad del nuevo hecho investigado y la necesidad de la medida adoptada, concluyendo que “el descubrimiento casual, por lo tanto, estaba debidamente cubierto y amparado por aquel mandamiento judicial, que obliga a la policía a poner en conocimiento de la autoridad judicial, no sólo todos los efectos e instrumentos relacionados con el delito hasta ese momento investigado, sino también todo lo que guarde relación con el descubrimiento del nuevo delito.”.

en cada caso correspondan. La droga, el dinero, los objetos -pesas, dinamómetros, cuchillas, enseres, documentación...- todo ello tiene una abrazadera común.

Cuando en la diligencia se descubre "algo" que nada tiene que ver con la autorización judicial, lo procedente es ponerlo de manera inmediata en conocimiento del juez y esperar a su decisión, salvo que la urgencia de las medidas a tomar, con carácter cautelar, aconsejen otra cosa.

³¹Sentencia Tribunal Supremo Sala 2ª, S 21-7-2011, nº 818/2011, rec. 2369/2010, Pte: Berdugo y Gómez de la Torre, Juan Ramón, FJ. 5º, “Esta ilicitud constitucional se extiende también a las pruebas derivadas o reflejas si entre ellas y las anuladas por vulneración del art. 18.3 CE EDL 1978/3879 existe una conexión natural o causal (que constituye uno de los presupuestos para poder hablar de prueba derivada de otra ilícitamente obtenida). En estos casos, la regla general es que todo elemento probatorio que pretenda deducirse a partir de un hecho vulnerador del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas se halla también incurso en la prohibición de valoración. No obstante, en supuestos excepcionales, se ha venido admitiendo que estas pruebas son jurídicamente independientes de dicha vulneración, habiéndose reconocido como válidas y aptas. para enervar el principio de presunción de inocencia. Para establecer si se está ante un supuesto en que debe aplicarse la regla general que se ha referido o, por el contrario, nos encontramos ante alguna de las hipótesis que permiten excepcionarla, habrá que delimitar si estas pruebas están vinculadas de modo directo a las que vulneraron el derecho fundamental sustantivo, es decir, habrá que establecer si existe o no una conexión de antijuricidad entre la prueba originaria y las derivadas.

³²Auto Tribunal Constitucional, sec. 2ª, A 6-5-2004, nº 161/2004, rec. 4286/2002.

A juicio de ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER³³,

queda fuera de toda duda, que, desde el mismo momento en que aparecen nuevos tipos delictivos en el curso de unas escuchas telefónicas, se le debe comunicar de forma inmediata al juez que las autorizó, para que amplíe el auto habilitante en caso de conexidad. Pero, cuando no se da esa conexidad, es cuando realmente se cuestiona la validez de ese descubrimiento fortuito, debiendo el Juez aplicar la solución que estime como más correcta: bien darle valor de noticia criminis, sin efectos probatorios, bien darle tales efectos, entendiendo que la intromisión en el derecho a la intimidad ha quedado salvada por la inicial autorización judicial, ampliando lógicamente, también en este supuesto, la autorización para intervenir las comunicaciones.

Lo que no cabe, a criterio del Tribunal Supremo, es decretar una intervención telefónica “en blanco”, esto es autorizar una diligencia para una investigación general, debiendo actuar con la adecuada precisión, con fundamento en el principio de especialidad (SSTS de 2 de julio de 1993 y 21 de enero de 1994).

Conviene resaltar la reciente STS 806/2015³⁴, en la que tras reconocer las “oscilaciones” de la Sala en la materia, admite la teoría de la flagrancia y la regla de la conexidad en los hallazgos casuales, al tener en cuenta que en estos casos no hay novación del objeto de la investigación sino una simple adición. Da validez a los hallazgos que aparecen en el seno de una diligencia dirigida a la investigación de otro delito, sustentada en la obligación de los cuerpos de seguridad de perseguir los delitos de que tengan noticia y ponerlos en conocimiento de la autoridad penal competente, siempre que la investigación no sea utilizada fraudulentamente para vulnerar derechos fundamentales, y sienta la tesis ya reconocida en otras resoluciones anteriores de que los

³³ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S., Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal (con especial referencia a las diligencias de entrada y registro en domicilio, Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje nº 2, 2011, p. 4.

³⁴Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 806/2015, de 24 de febrero, Pte.: D. Manuel Marchena Gómez. “Hemos dicho en la STS 48/2013, 23 de enero -con cita de la STS 110/2010, 23 de diciembre; 167/2010, 24 de febrero y 315/2003, 4 de marzo - que esta Sala, no sin ciertas oscilaciones, admitió la validez de la diligencia cuando, aunque el registro se dirigiera a la investigación de un delito específico, se encontraran efectos o instrumentos de otro que pudiera entenderse como delito flagrante. La teoría de la flagrancia ha sido, pues, una de las manejadas para dar cobertura a los hallazgos casuales, y también la de la regla de la conexidad de los arts. 17.5 y 300 LECrim, teniendo en cuenta que no hay novación del objeto de la investigación sino simplemente “*adición*”. La Constitución no exige en modo alguno, que el funcionario que se encuentre investigando unos hechos de apariencia delictiva cierre los ojos ante los indicios de delito que se presentasen a su vista, aunque los hallados casualmente sean distintos a los hechos comprendidos en su investigación oficial, siempre que ésta no sea utilizada fraudulentamente para burlar las garantías de los derechos fundamentales (STC 49/1996, 26 de marzo). Del mismo modo, el que se estén investigando unos hechos delictivos no impide la persecución de cualesquiera otros distintos que sean descubiertos por casualidad al investigar aquéllos, pues los funcionarios de policía tienen el deber de poner en conocimiento de la autoridad penal competente los delitos de que tuviera conocimiento, practicando incluso las diligencias de prevención que fueran necesarias por razón de urgencia, tal y como disponen los arts. 259 y 284 LECrim.

Pero esa doctrina de la validez del hallazgo casual presupone que el descubrimiento de los efectos que permiten afirmar la existencia de un segundo delito sumado al inicialmente perseguido, ha de producirse durante el desarrollo de una diligencia de registro no afectada de nulidad. Carecería de sentido que el hallazgo casual que aflora durante el desarrollo de un registro ilegal tuviera virtualidad para convertir una vía de hecho inicialmente nula en un registro domiciliario constitucionalmente válido.”

efectos o instrumentos encontrados en una diligencia dirigida a la investigación de otros delitos puedan entenderse como delito flagrante.

A la vista de todo lo anterior, no parece cuestionable que lo hallado casualmente pueda ser tenido en cuenta como delito flagrante y que de existir conexidad no estaríamos en presencia de una novación del delito sino de una adición. Por otro lado, una vez se ha producido el descubrimiento ocasional, ha de darse conocimiento al Instructor a fin de que realice un juicio de proporcionalidad de la medida y decida si amplía o no la autorización al nuevo hecho conocido, pues es obligación de las fuerzas de seguridad poner en conocimiento del Juez o de la Fiscalía tales evidencias. Sin embargo, a nuestro juicio, la conexidad de uno y otro hecho tiene incidencia en cuanto al conocimiento de la causa, pues existiendo la conexidad, si el Juez decide el ampliación podría continuar conociendo de los delitos conexos, pero de no existir, la habilitación para su investigación sirve de presupuesto iniciador de otro procedimiento que deberá someterse a las normas de reparto que determinen el Juez predeterminado por la Ley que haya de investigar el ilícito.

IV. CONCLUSIONES

La primera conclusión que puede extraerse de lo expuesto es la necesidad de legislar con claridad la validez de las pruebas encontradas en una diligencia de investigación, sea de forma casual, independiente o inevitable, eliminando así las oscilaciones jurisprudenciales reconocidas por el propio TS y que ha dado lugar a un río cuasilegislativo de naciente jurisprudencial del que en muchas ocasiones bebe el legislador, como muestra el artículo 11.1 LOPJ, en una tendencia invertida, cada vez más común, en la que las modificaciones legislativas van a golpe de sentencias, que más que interpretar las normas parece que las crean.

Por otro lado, resulta interesante la diferencia hecha en el caso de las conversaciones telefónicas grabadas por uno de sus interlocutores, que los Tribunales autorizan por entender que la manipulación de la intervención no proviene de alguien ajeno a la conversación, reiterando entonces lo ya manifestado en el cuerpo de este trabajo en el sentido de la validez que pudiera darse a la grabación cuando aún proviniendo de un tercero, este actuara bien con autorización del interlocutor no investigado, bien a petición suya, teniendo en cuenta la incidencia que pudiera tener un eventual conflicto de intereses entre ambos.

Por último, da también lugar a la reflexión la teoría del hallazgo inevitable, pues su consideración como tal no deja de tener un componente subjetivo del Tribunal que puede llegar a ser tan “oscilante” como su propia doctrina. No podemos pedir aquí una claridad legislativa ya que sería desbordada por la casuística, por lo que hay que acudir a la prudencia y rigor de nuestros Tribunales.

* * * * *

Silvia Vivó Cabo

Juez Sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.
Socia de la FICP.

~Los delitos en internet: especial referencia a la pornografía infantil en la red~

Resumen.- La evolución y el auge de las nuevas tecnologías ha supuesto la transformación de las pautas de producción y difusión de la pornografía infantil. La finalidad de esta comunicación es analizar en general los delitos informáticos, para centrarnos en el estudio pormenorizado de la pornografía infantil. La gran expansión sufrida en los últimos tiempos hace que la información que circula a través de la red llegue a ser algo incontrolable, haciendo que aparezcan conductas antisociales e incluso delictivas entre algunos de sus usuarios. La pornografía infantil constituye un problema de dimensión internacional, que se ha amplificado con la irrupción de nuevas tecnologías que han transformado las pautas de producción y difusión de este tipo de material.

Palabras clave.- Internet, pornografía infantil, vulnerabilidad, acoso cibernético, víctima.

I. INTRODUCCIÓN

Debido a la necesidad que el ser humano tiene de transmitir información, a lo largo de la historia se ha creado diferentes mecanismos para su procesamiento, transmisión y almacenamiento. El constante progreso que experimenta la sociedad, supone una evolución en las formas de delinquir, dando lugar, tanto a la diversificación de los delitos tradicionales como a la aparición de nuevos actos ilícitos.

Así nace la informática como “un conjunto de conocimientos científicos y técnicas que hacen posible el tratamiento automático de la información por medio de ordenadores”. Un delito informático o ciberdelincuencia es toda aquella acción típica, antijurídica y culpable que se da por vías informáticas o que tiene como objetivo destruir y dañar ordenadores, medios electrónicos y redes de internet. Debido a que la informática se mueve más rápido que la legislación, existen conductas criminales por vías informáticas que no pueden considerarse como delito, según la “Teoría del delito”, por lo cual se definen como abusos informáticos, y parte de la criminalidad informática.

Los delitos informáticos son aquéllas actividades ilícitas que: se cometen mediante el uso de computadoras, sistemas informáticos u otros dispositivos de comunicación (la informática es el medio o instrumento para realizar el delito); o tienen por objeto causar daños, provocar pérdidas o impedir el uso de sistemas informáticos (delitos informáticos per se).

La criminalidad informática tiene un alcance mayor y puede incluir delitos tradicionales como el fraude, el robo, chantaje, falsificación y la malversación de

caudales públicos en los cuales ordenadores y redes han sido utilizados como medio. Con el desarrollo de la programación y de internet, los delitos informáticos se han vuelto más frecuentes y sofisticados.

Existen actividades delictivas que se realizan por medio de estructuras electrónicas que van ligadas a un sin número de herramientas delictivas que buscan infringir y dañar todo lo que encuentren en el ámbito informático: ingreso ilegal a sistemas, interceptado ilegal de redes, interferencias, daños en la información (borrado, dañado, alteración o supresión de datacrédito), mal uso de artefactos, chantajes, fraude electrónico, ataques a sistemas, robo de bancos, ataques realizados por crackers, violación de los derechos de autor, pornografía infantil, pedofilia en internet, violación de información confidencial y muchos otros.

Existen leyes que tienen por objeto la protección integral de los sistemas que utilicen tecnologías de información, así como la prevención y sanción de los delitos cometidos en las variedades existentes contra tales sistemas o cualquiera de sus componentes o los cometidos mediante el uso de dichas tecnologías.

Uno de los muchos beneficios de internet es que tiene la capacidad de conectar a personas de todas partes del mundo con intereses comunes. A los ojos de algunos, la naturaleza del mundo cibernético es más un lugar, espacio peligroso que real, especialmente para niños. De acuerdo al experto en seguridad de software, Jhon Carosella, “cuando (comunicación inapropiada adulto-niño) sucede en la vida real, tu sabes que es lo que está sucediendo”; No es lo mismo cuando se trata de esta comunicación por medio del ciberespacio. En Internet, los padres quizás no se imaginan que sus hijos estén hablando con una persona mayor¹.

II. CONCEPTO, CARACTERÍSTICAS Y TIPOLOGÍA

Se define el delito informático como todo acto ilícito penal que ha sido llevado a cabo a través de medios informáticos y que está ligado a los bienes jurídicos relacionados con las tecnologías de la información o que tiene como fin estos bienes.

Por otro lado, cabe hacer referencia al Convenio de Ciberdelincuencia del Consejo de Europa², que los define como “actos dirigidos contra la confidencialidad, la

¹ LOUISE I. GERDES, *Cyber crime*, Estados Unidos San Mateo California, Grrenhaven Press, 2008.

² Celebrado en Budapest el 23 de noviembre de 2001.

integridad y la disponibilidad de los sistemas informáticos, así como el abuso de dichos sistemas, medios y datos”.

Los delitos informáticos son acciones de tipo ocupacional, ya que en la mayoría de los casos, se realizan cuando el sujeto está trabajando o en su puesto de trabajo. En la mayor parte de las ocasiones, presentan grandes dificultades a la hora de comprobar quién cometió el ilícito debido a la gran expansión de internet y al carácter técnico de estos hechos. Hasta hace poco, apenas se producían denuncias en este ámbito, lo que dificultaba su persecución. También su perpetración es relativamente fácil en cuanto a tiempo y espacio se refiere, ya que pueden llegar a consumarse en poco tiempo y sin necesidad de presencia física del delincuente.

Se trata de delitos que provocan grandes pérdidas económicas para los afectados y grandes beneficios económicos para el que comete el delito. Señalar también que, en su mayoría, sólo pueden ser cometidos por personas con unos determinados conocimientos técnicos, con especiales habilidades para el manejo de los sistemas informáticos y en muchos casos trabajan en lugares en los que se maneja información. La única forma de diferenciar a los distintos delincuentes es a partir del acto que han cometido³.

Respecto al perfil criminológico del delincuente informático, las personas que cometen este tipo de delitos suelen ser, en el mayor número de los casos, verdaderos expertos en informática que entran sin ningún tipo de permiso a redes y ordenadores ajenos.

Así, los Hackers, que podrían ser los nuevos piratas, son personas expertas en varias o alguna rama técnica relacionada con la informática: programación, redes de computadoras, sistemas operativos, hardware de red/voz, etc. Se suele llamar hackeo y hackear a las obras propias de un hacker⁴.

Por otro lado, los crackers, son personas que violan la seguridad de un sistema informático de forma similar a como lo haría un hacker, sólo que a diferencia de este último, el cracker realiza la intrusión con fines de beneficio personal o para hacer daño⁵.

Algunos casos reales como: Vladimir Harkonen es un joven español que se especializó en diferentes disciplinas como lurker⁶, phreaker⁷, hacker y cracker.

³ Sobre el particular, cfr. GUSTAVO FERNÁNDEZ, Javier. Cibercrimen. Los delitos cometidos a través de Internet.

⁴ Fuente: http://es.wikipedia.org/wiki/Dark_heats.

⁵ Fuente: <http://es.wikipedia.org/wiki/Cracker>.

Se le atribuyen ataques a diferentes empresas de entre las que destaca Sony. Fue juzgado por la Audiencia Provincial de Madrid y sentenciado a cuatro años de prisión como culpable de asalto, copia, sustracción y libre distribución de documentación e imágenes consideradas de seguridad nacional.

El principal objetivo de estos sujetos es extenderse a lo largo del mundo, poniendo siempre por delante la calidad, no la cantidad. Están sujetos a determinados sistemas de valores y conductas que llegan a constituir una verdadera cultura. Tienen incluso sus propias reglas de conducta y reglas de status. No aparecen como grupos antisociales, sino disociales, esto es, realizan conductas transgresoras de las normas sociales, de carácter negativo y destructivas. Estas personas adoptan un vocabulario propio y característico, incluyendo numerosos términos técnicos. Tienden al uso de reglas gramaticales particulares. En algunas ocasiones llegan a crear un vocabulario propio con la única intención de no dejar ver lo que dicen y de diferenciarse del resto, logrando obtener de este modo cierto poder.

De este modo, utilizan palabras o frases que literalmente significan una cosa y quieren decir otra, para lograr confundir al que las recibe, de forma que esa persona ejecute un programa cuando en realidad ejecutará lo que el hacker desea.

En cuanto a su nombre, nunca utilizan los verdaderos, sino que se esconden tras pseudónimos. Estas personas aborrecen ser comparados con los nerds⁸.

Generalmente tienen un alto coeficiente intelectual, y se sienten estimulados con las novedades de tipo intelectual. Son anticonformistas e individualistas. Muestran interés por cualquier cosa que les permita aprender, esto es, desarrollar su capacidad intelectual.

Destacar que en muchas ocasiones pueden llegar a experimentar adicción. Así, cuando estas personas se sientan frente a un ordenador suelen experimentar una pérdida de la noción del tiempo acompañado de un olvido de alimentarse. Y suelen renunciar a

⁶ Nombre dado a los participantes de comunidades virtuales que tiene una actividad solamente receptiva, sin contribuir activamente aportando ficheros, escribiendo en grupos de discusión... (fuente: <http://es.wikipedia.org/wiki/Lurker>).

⁷ Persona que investiga los sistemas telefónicos, mediante el uso de tecnología por el placer de manipular un sistema tecnológicamente complejo y en ocasiones también para poder obtener algún tipo de beneficio como llamadas gratuitas (fuente: <http://es.wikipedia.org/wiki/Phreker>).

⁸ Personas que persiguen actividades intelectuales. Son solitarios y excluidos del resto. Normalmente se asocian con personas de su mismo estilo de vida.

actividades de tipo social y/o laboral y si no pueden estar delante del ordenador pueden tener incluso síndrome de abstinencia.

El Código Penal contempla como delitos informáticos los siguientes actos:⁹

1.- Ataques contra el derecho a la intimidad, referido al delito de revelación y descubrimiento de secretos a través de la difusión y la incautación de datos registrados en soportes informáticos. Su regulación se encuentra en los artículos 197 a 201 del Código Penal.

2.- Infracciones a la propiedad intelectual, tratándose de la copia y la distribución de forma no autorizada de programas de ordenador, así como de tenencia de medios para eliminar los dispositivos utilizados para proteger esos programas. Regulado en el artículo 270 del Código Penal.

3.- Sabotajes informáticos, se trata de daños que se realizan mediante la destrucción o la alteración de datos, documentos o programas que estén contenidos en redes o sistemas informáticos. Regulación contenida en los artículos 263 y siguientes del Código Penal.

4.- Falsedades, comenzando por la definición de documento se puede decir que se trata de un soporte material que incorpora o expresa datos. Se trata en concreto de falsificación de tarjetas de crédito y la fabricación o tenencia de programas que permitan cometer delitos de falsedad. Se regula en los artículos 386 y siguientes del Código Penal.

5.- Fraudes o estafas informáticas, son delitos de estafa cometidos a través de programas o datos para la obtención de un lucro que no es lícito. Regulados en los artículos 248 y siguientes del Código Penal.

6.- Amenazas, consisten en el anuncio de un mal futuro ilícito mediante cualquier medio de comunicación. Su finalidad es causar miedo o inquietud en la persona amenazada. Se regula en los artículos 169 y siguientes del Código Penal.

7.- Calumnias e injurias, la calumnia es aquella imputación falsa a una persona de la comisión de un hecho que la ley califique como delito, a sabiendas de que éste no existe o de que el imputado no es el que lo cometió”. Una injuria es un delito producido contra la buena fama o el honor de la persona. Así, serán delitos cuando se propaguen

⁹ En este sentido, véase ORTS BERENGUER, Enrique. “Delitos Informáticos y Delitos Comunes cometidos a través de la informática. Tirant lo Blanch, 2001.

por cualquier medio que se asemeje a la imprenta o la radio. Regulados en los artículos 205 y siguientes del Código Penal.

8.- Pornografía infantil, es uno de los delitos relativos a la prostitución, utilizando a menores o personas incapaces con fines pornográficos o exhibicionistas. Se regula en los artículos 187 y 189 del Código Penal.

Por último, hacer referencia a las entidades existentes encargadas de combatir los delitos informáticos tales como la Guardia Civil y la Policía Judicial.

Respecto a la Guardia Civil, existe un organismo especializado en la investigación que se realizan contando con las nuevas tecnologías o de internet, es el llamado Grupo de Delitos Telemáticos. Este grupo se encuentra dentro de la Unidad Central Operativa de la Guardia Civil y sus principales funciones son la identificación y detección de los delitos informáticos en la red así como la realización de investigaciones que tengan que ver con el ámbito de la delincuencia informática.

En relación a la Policía Judicial, cuenta con la BIT¹⁰. Esta Brigada se encuentra dentro de la Unidad de Delincuencia Especializada y Violenta, y está destinada a la Investigación de las nuevas formas de delincuencia.

La Brigada de Investigación tecnológica está compuesta por siete grupos de operativos especializados. Estos grupos son:

1.- Dos grupos de protección al menor que se encargan de perseguir los delitos que están relacionados con la pornografía infantil.

2.- Dos grupos de fraudes en internet. Uno de ellos está especializado en subastas y ventas fraudulentas por internet, y el otro en phishing¹¹.

3.- Un grupo de seguridad lógica que se dedica a la investigación del robo de datos, el hacking y las intrusiones.

4.- Un grupo de fraude en el uso de las telecomunicaciones, que se centra en investigar las amenazas, calumnias o injurias que se realizan a través de internet.

5.- Un grupo de propiedad intelectual que se dedica a la investigación de los delitos de piratería.

¹⁰ Brigada de Investigación Tecnológica.

¹¹Tipo de delito de estafa que se comete mediante el uso de un tipo de ingeniería social caracterizado por intentar adquirir información confidencial de forma fraudulenta. Fuente: <http://es.wikipedia.org/wiki/Carding>).

Aparte de esta Brigada de Investigación tecnológica, el Cuerpo Nacional de Policía cuenta también con el apoyo de los Grupos especializados en delincuencia tecnológica, los cuales están incluidos en Jefaturas Superiores.

III. LA PORNOGRAFÍA INFANTIL

Una definición de pornografía infantil es “toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales”¹².

La pornografía infantil puede desempeñar un papel diferente en el inicio de los delitos sexuales en internet al papel que desempeñan los delitos sexuales no en línea.

La posesión de pornografía infantil, que solía ser visto como un crimen de baja incidencia, cometido casi exclusivamente por aquellos que tienen un interés sexual persistente en niños, han sido comprometidos en un problema de delincuencia más general, con una variedad cada vez mayor en cuanto a los delincuentes que pueden acceder y distribuir fácilmente y de forma privada, imágenes desde equipos domésticos.

Las principales causas de motivación para los poseedores de pornografía infantil, se dice que son, según recientes investigaciones, para alimentar la fantasía sexual, mejorar la masturbación, seducir a las víctimas o incluso a la pareja, y en ocasiones se accede simplemente por simple curiosidad o por su valor de impacto.

La producción de la pornografía infantil es también un aspecto importante dentro del campo de los delitos sexuales por internet. Uno de cada cinco pedófilos en línea toma fotografías de carácter sexual insinuante o explícito de las víctimas o convencen a las víctimas de tomar tales fotografías ellos mismos o a más amigos¹³.

Los usuarios solicitan a menores de edad que envíen sus fotografías de contenido sexual ilícito; una vez los menores responden a esta solicitud los solicitantes pueden hacer uso del contenido y hacerlo circular por internet sin que esa circulación sea limitada. Esto es algo de lo que algunos menores no tienen la madurez o conocimiento necesario para entender.

¹² Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativos a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. Fecha de publicación 25.05.2000.

¹³ LOUISE I. GERDES, *Cyber crime*, Estados Unidos San Mateo California, Greenhaven Press, 2008.

Internet también puede ser particularmente atractivo para los delincuentes con tendencias exhibicionistas, quienes pueden hacer uso de cámaras web para transmitir imágenes de ellos mismos en línea.

Internet supone una vía privilegiada para la distribución de la pornografía infantil. El consumidor de este tipo de imágenes ya no tiene que acudir a ambientes marginales para conseguir, algunas fotos de menores determinados, con riesgo cierto de ser descubierto. El acceso a la red le permite, desde su casa, su lugar de trabajo o incluso desde ordenadores instalados en establecimientos públicos asomarse, con muy escaso esfuerzo, a la producción mundial de este tipo de material. Incluso, si es constante y no ceja en su busca, podrá localizar espacios (webs, chats, foros), donde otros sujetos, con su mismo objetivo, estarán dispuestos a intercambiar con él toda la producción que haya encontrado, sin contraprestación económica alguna. En definitiva, los conceptos “traficante” y “consumidor” se difuminan y entremezclan, de tal manera que los consumidores pasan a ser los principales difusores de pornografía en la red. Redes sociales como Twitter y Facebook no fueron creadas para exhibir pornografía, sin embargo, muchos las aprovechan para promocionar todo tipo de actividades sexuales, incluso captar la atención de menores e inducirlos a la pornografía infantil.

En la actualidad se constata una tendencia según la cual el tráfico de pornografía infantil no viene presidido por el ánimo de lucro ni por motivos comerciales. Se ha acrecentado así el intercambio de material entre pedófilos, pauta de comportamiento que se ha amplificado en las nuevas autopistas de la información (Internet), donde los usuarios pueden introducir material y convertirse en difusores de dicho material. Por consiguiente, puede trazarse una línea evolutiva que desplaza la elaboración y producción de la pornografía infantil de parámetros comerciales organizados a ámbitos descentralizados *amateurs* y domésticos. A esta evolución ha contribuido también el denominado “turismo sexual”, pues se ha constatado en los últimos tiempos que una buena parte de la elaboración de material pornográfico infantil tiene su origen en filmaciones *amateurs* llevadas a cabo por turistas que entablan relaciones con menores, principalmente en países del continente asiático.

En efecto, esta evolución no hubiera sido posible sin la masificación y el abaratamiento de los aparatos de vídeo doméstico. Todo ello se ha agudizado con la irrupción de Internet como nueva autopista de la información. Puede indicarse, pues, que la tecnología informática ha acabado por consolidar las pautas y patrones de la

producción y el tráfico de pornografía infantil. Cualquier usuario de la Red tiene acceso a los servicios en línea en una autopista de información a la que se encuentran conectados más de 30 millones de personas. En este contexto, cualquier usuario puede erigirse en productor, difusor o receptor de material pornográfico infantil.

Las técnicas de producción e introducción de tal material en la Red se han multiplicado (escaneado de fotos, introducción en la Red de videoclips, correos electrónicos provistos de imágenes o vídeos). Y estas nuevas formas de difusión y tráfico de pornografía infantil pueden ser llevadas a cabo desde el anonimato que proporciona internet. El usuario puede revestirse de identidades ficticias o no identificables y difundir contenidos ilícitos a un determinado país, haciendo que la información transite por el “ciberespacio” intermedio de otros países, lo que dificulta de forma extrema la identificación de la fuente o el origen del material pornográfico infantil. Sin embargo, las técnicas para enmascarar la fuente pueden ser aún más sofisticadas, pues al alcance del usuario mínimamente avezado se halla la utilización de los “anonymous remailers”, que permiten el envío de correos electrónicos sin remitente; los “remailers” suponen el uso de servidores de correo electrónico intermedios entre el remitente y el destinatario final, de modo que el remitente envía un mensaje a un servidor que, a la vez, lo reenvía al destinatario final sin que aparezcan los datos del remitente.

El empleo de los denominados “computer bulletin boards” (tablones de anuncios de ordenador) también pueden constituir otro mecanismo de intercambio de información entre pedófilos por el hecho que permiten mantener conversaciones; debe subrayarse además que, en la mayoría de los países, no se requiere licencia ni registro para introducir dichos tablones de anuncios.

Las posibilidades que ofrece internet se proyectan también en la posibilidad de mantener comunicaciones en línea, con incorporación de imágenes, a través de las denominadas sesiones interactivas de chat, mediante las cuales los menores pueden quedar involucrados en un contexto sexual con adultos.

Frente a tales peligros las normas de autorregulación de usuarios y operadores de la Red aconsejan acrecentar medidas de autoprotección para los usuarios menores, por medio de técnicas de bloqueo de acceso infantil a materiales que incorporan contenidos nocivos. Sin embargo, las medidas de bloqueo que pueden incorporarse a los programas de software pueden quedar vulneradas por los menores con conocimientos informáticos.

Por último, la evolución de la informática permite la alteración de imágenes por ordenador, de modo que se puede enmascarar la imagen de adultos que participan en actos pornográficos o de contenido sexual para que parezcan menores de edad, induciendo a error a los menores, se trata de la denominada pornografía técnica. Este tipo de pornografía presenta una menor lesividad en la medida que no utiliza menores reales en la elaboración del material. Conceptualmente diversa en la pseudopornografía de menores, consistente en la alteración de imágenes por medio de la colocación de la cara de un menor sobre la imagen de un adulto o bien en el añadido de objetos a una imagen; en tales casos, siempre que se incorporen, aunque sea parcialmente, imágenes de menores reales, la lesividad de la conducta es mayor y probablemente debe ser objeto de sanción penal.

La producción de pornografía infantil generada por ordenador ha suscitado un hondo debate jurídico. Desde amplios sectores jurídicos se ha demandado que este tipo de pornografía no sea objeto de medidas incriminadoras, por cuanto en tales supuestos no se verifica una utilización real de menores, de modo que la prohibición del referido material supondría una injustificada y desproporcionada limitación a la libertad de expresión.

El delito de utilización de menores o incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos o para elaborar cualquier clase de material pornográfico se encuentra regulado en el artículo 189 del Código Penal, dentro del Capítulo V “De los delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores” del Libro VIII “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”. El artículo 189.1 a) del Código Penal prevé dos modalidades típicas diversas. Castiga con pena de prisión de uno a cinco años,

“a) el que capture o utilice a menores de edad o incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte, o financiare cualquiera de estas actividades o se lucre con ellas”.

La primera criminaliza la utilización de menores de edad o incapaces en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados. La segunda modalidad típica se refiere a la utilización de menores o incapaces para la elaboración de cualquier clase de material pornográfico. En esta segunda alternativa típica pueden quedar subsumidas conductas tales como la utilización de menores o incapaces para la realización de reportajes fotográficos, filmaciones de vídeo u otro tipo de cintas

pornográficas y cualquier otro tipo de material tanto en soporte magnético, digital o de papel.

El concepto de exhibicionismo reclama actos obscenos, que incorporen conductas de contenido lúbrico, como por ejemplo la exhibición de genitales o bien de prácticas masturbatorias. La acotación del concepto de pornografía, al objeto de determinar los fines o espectáculos, así como el material a los que alude el precepto, reclama una mayor argumentación. En determinados casos, podrá acudir a la legislación extrapenal, pero lo determinante es que el conjunto de la obra o espectáculo esté dominado por un contenido y contexto groseramente lúdico o libidinoso, en el que se persigue la excitación o bien la satisfacción de instintos sexuales, y se verifica la carencia o cuasi inexistencia de valores artísticos, literarios, científicos o pedagógicos.

El tenor legal del artículo 189.1 a) nada indica respecto del grado de implicación del menor en espectáculo exhibicionista o pornográfico para el que es utilizado. Debe entenderse que la ratio del precepto no limita el ámbito de incriminación a los supuestos en que el menor es parte activa de conductas o escenas de tipo obsceno. En este sentido, el precepto abarca también conductas en las que el menor se limita a presenciar la conducta obscena protagonizada por mayores de edad, por cuanto, en tales casos, el menor queda involucrado en un contexto atentatorio a su indemnidad sexual.

La alternativa típica que alude a la elaboración de cualquier clase de material pornográfico en el que se “utilizan” menores no alcanza a incriminar la denominada “pornografía técnica”, protagonizada por mayores de edad que aparentan ser menores por muy diversos medios o procedimientos (“retoque” de fotografías o filmaciones consistentes en eliminación de vello pubiano o facial, suavización de facciones, empleo de vestimentas de adolescentes, etc.)¹⁴. Esta conclusión no parece objetable por cuanto en el tipo proyecta la tutela penal sobre la idea de “utilización del menor” y no sobre la estricta actividad de creación de una material calificable objetivamente como de “pornografía relativa o alusiva a menores”. Asimismo, quedan también fuera del tipo los supuestos en los que las imágenes manipuladas sean las de una persona mayor de edad. En tal caso, cabe tan solo la posibilidad de acudir a los delitos contra la intimidad y el derecho a la propia imagen, concretamente al artículo 197.2 en relación con el apartado 3 del mismo artículo, siempre y cuando se den las circunstancias descritas, esto es, la

¹⁴ Sobre el particular, cfr. M.A. BOLDOVA PASAMAR, Comentarios artículo 189 CP, pp. 20,22 y 71.

imagen obtenida y posteriormente manipulada proceda de una base de datos reservadas, protegidas por el derecho a la intimidad, como puede ser un ordenador privado.¹⁵

Por el contrario, la técnica de tipificación empleada permite aprehender en la órbita del tipo los supuestos de “pseudopornografía”, entendiendo por tal aquella en la que se insertan fotogramas o imágenes de menores reales en escenas pornográficas (animadas o no), en las que no intervienen, en tales casos se verifica objetivamente una utilización del menor para los fines previstos en el artículo 189.1 a). Es decir, que pone en evidencia cómo el objeto jurídico de tutela de este precepto no puede ser la libertad o la indemnidad del menor en la esfera sexual, de manera que la modificación del Código Penal en la rúbrica del Título VIII del Código Penal, en la que se ha añadido la referencia a la indemnidad sexual, no ha venido a ofrecer una referencia omnicompreensiva de los bienes jurídicos tutelados en este contexto del Código Penal.

La segunda modalidad típica de este precepto, contenida en el apartado b) castiga al que produjere, vendiere, exhibiere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad o incapaces, o lo poseyere para estos fines, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido.” Así, incrimina cualquier modalidad de tráfico o favorecimiento del tráfico de pornografía infantil. La ley penal ha optado por aludir a conductas de venta, distribución, exhibición, como también a actos de facilitación de las mismas. Y debe subrayarse que el tipo penal no queda recortado por la exigencia de ánimo de lucro en la conducta del autor, pues este elemento subjetivo de lo injusto es ajeno al tipo, lo que parece un acierto desde el punto de vista político-criminal, dado que múltiples conductas de introducción de material pornográfico en internet (sobre todo protagonizado por pedófilos) no vienen informadas por un ánimo o intencionalidad de tales características, Las nuevas tecnologías han favorecido la producción y el tráfico de carácter *amateur* o doméstico, de carácter gratuito, a lo que ha contribuido la aparición del vídeo doméstico y la telemática de masas, que suponen las nuevas autopistas de la información (en especial internet), ámbito cada vez más frecuente de intercambio de pornografía infantil o de verificación de chats en los que se implica a menores.

¹⁵En este sentido, véase DÍAZ MAROTO, Los delitos contra la intimidad, la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, La Ley, 1996, nº 4069, p.2.

En la medida que el tipo del artículo 189.1 a) se refiere al tráfico “por cualquier medio”, el delito puede proyectarse a supuestos tanto de difusión gráfica, fotográfica, analógica, digital como de cualquier otra especie.

El precepto pretende atender a la dimensión internacional del fenómeno incriminado, de ahí que, a los efectos de aplicación del delito, sea indiferente que el material tenga su origen en el extranjero o sea desconocido.

En el apartado segundo del artículo 189.1 b) del Código Penal, se ha optado por incriminar la posesión de pornografía infantil para tráfico (venta, distribución, exhibición...). Se ha descartado así la opción más “inquisitiva”, cifrada en la represión genérica de la mera posesión, según el modelo que ofrecen algunos países de la Unión Europea. Por consiguiente, la mera y estricta posesión no puede quedar incriminada como conducta consistente en “facilitar” el tráfico, lo que significa que en todo caso deberá quedar probada una preordenación al tráfico en las conductas de posesión a incriminar ex artículo 189.1 b) apartado segundo. La cuestión sugiere múltiples interrogantes, por cuanto no se podrá operar con pautas como las fijadas por la jurisprudencia para el tráfico de drogas. En efecto, en este ámbito no es hacedero fijar convenciones interpretativas sobre posesión para el propio consumo, y conceptualmente son inaplicables criterios estándar tales como “patrones de consumo diario” o “patrones de acopio o abastecimiento para el propio consumo”. Salvo que existan múltiples copias de un mismo material, el juicio de inferencias se torna muy dificultoso (ej. El coleccionismo es propio del simple consumo). Por otro lado, la incriminación de la posesión para el tráfico suscita inseguridad jurídica, a la vista de las posibilidades ilimitadas de reproducción o difusión que se pueden alcanzar con una sola copia del material.

Debe subrayarse los peligros de esta suerte de “neointegrismo punitivo”, suscitado en buena medida por la angustia e incertidumbre que generan la imparable evolución de las nuevas autopistas de la información y en especial internet. Pero las opciones irracionalmente incriminatorias deben ser descartadas; en esta dirección apuntan las propuestas de intervención del Derecho Penal, cifradas en operar sobre la demanda de material pornográfico infantil como medio para poner coto a la oferta, lo que implica la criminalización de la mera tenencia o la mera asistencia a espectáculos de tal tenor. También parecen rechazables (por ausencia de ofensividad o lesividad) las propuestas de incriminación de conductas pornográficas en las que aparecen mayores de edad,

aparentando ser menores de edad. Estas conductas son atípicas a los efectos del artículo 189.1 del Código Penal, pero en otros países, como es el caso de Alemania o Francia, se han introducido reformas tendentes a castigar la denominada “pornografía técnica”. Por esta vía el Derecho Penal pasa a tutelar intereses relativos a la difusa moral colectiva, pues en el fondo se reprimen conductas que difícilmente alcanzan el grado de incitación directa a la desviación sexual o pedófila.

Finalmente debe tenerse presente la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE de 30/03/2015), que modifica algunos apartados de los artículos relativos a la pornografía infantil. Tal y como relata la exposición de motivos de la referida ley, buena parte de estas modificaciones llevadas a cabo están justificadas por la necesidad de atender compromisos internacionales. Así, la reforma se ocupa de la transposición de la Directiva 2011/93/UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo. La citada Directiva obliga a los Estados Miembros a endurecer las sanciones penales en materia de lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de menores y la pornografía infantil, que sin duda constituyen graves violaciones de los derechos fundamentales y, en particular, de los derechos del niño a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar, tal como establecen la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Las novedades que introduce la reforma respecto al delito de pornografía infantil son la inclusión de una definición legal que abarca: a) el material que representa a un menor o persona con discapacidad participando en una conducta sexual; b) las imágenes realistas de menores participando en conductas sexualmente explícitas, aunque no reflejen una realidad sucedida. Y se castigan: a) actos de producción y difusión; b) asistencia a sabiendas a espectáculos exhibicionistas o pornográficos en los que participen menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección; c) el mero uso o la adquisición de pornografía infantil; d) se sancionará a quien acceda a sabiendas de este tipo de pornografía por medio de las tecnologías de la información y la comunicación. Se faculta a Jueces y Tribunales para ordenar la adopción de las medidas necesarias para retirar de internet las páginas web que contengan o difundan pornografía infantil o, en su caso, para bloquear el acceso a esas

páginas; e) se sancionará a quién contacte por medios tecnológicos con un menor de 15 años y realice actos dirigidos a embaucarle para que facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas (nuevo apartado art. 183 ter).

IV. CONCLUSIONES

La “Era de la Información” nos enfrenta a nuevos retos, el intercambio de distinta información y el anonimato que otorga la red a sus usuarios ha traspasado las fronteras y actualmente han llegado a difundirse archivos con imágenes de niños y adolescentes en actividades sexuales. No podemos negar la importancia de tener información rápida de todas partes del mundo, sin embargo un simple “click” puede significar un enlace a diversa “información basura” que también circula por internet y, aunque sin la mínima intención, cualquier usuario puede tener acceso a la pornografía infantil.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ORTS BERENGUER, Enrique. Delitos Informáticos y Delitos Comunes cometidos a través de la informática. Tirant lo Blanch, 2001.
- GUSTAVO FERNÁNDEZ, Javier. Cibercrimen. Los delitos cometidos a través de internet. Constitutio Criminalis Carolina, 2007.
- BOLDOVA PASAMAR, M.A. Comentarios al Código Penal. Parte Especial. Tirant lo Blanch, Valencia 2004.
- DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. Los delitos contra la intimidad, la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio. La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, ISSN 0211-2744, nº 4069, 1.996.
- www.poderjudicial.es Base de datos del Consejo General del Poder Judicial. El delito de pornografía infantil.

* * * * *

II. LEGISLACIÓN Y PROYECTOS DE LEY

1. España

Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito¹

FELIPE VI

REY DE ESPAÑA

A todos los que la presente vieren y entendieren.

Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente ley:

PREÁMBULO

I

La finalidad de elaborar una ley constitutiva del estatuto jurídico de la víctima del delito es ofrecer desde los poderes públicos una respuesta lo más amplia posible, no sólo jurídica sino también social, a las víctimas, no sólo reparadora del daño en el marco de un proceso penal, sino también minimizadora de otros efectos traumáticos en lo moral que su condición puede generar, todo ello con independencia de su situación procesal.

Por ello, el presente Estatuto, en línea con la normativa europea en la materia y con las demandas que plantea nuestra sociedad, pretende, partiendo del reconocimiento de la dignidad de las víctimas, la defensa de sus bienes materiales y morales y, con ello, los del conjunto de la sociedad.

Con este Estatuto, España aglutinará en un solo texto legislativo el catálogo de derechos de la víctima, de un lado transponiendo las Directivas de la Unión Europea en la materia y, de otro, recogiendo la particular demanda de la sociedad española.

II

Los antecedentes y fundamentos remotos del presente Estatuto de la víctima del delito se encuentran en la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, que reconoce un conjunto de

¹ Esta ley fue publicada en el Boletín Oficial del Estado con fecha de 28 de abril y entró en vigor el 28 de octubre de 2015. Pueden consultarse: (i) el texto consolidado de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a la que afectan esta y otras reformas, [aquí](#); (ii) el texto consolidado del Código Penal, al que afecta esta reforma, [aquí](#).

derechos de las víctimas en el ámbito del proceso penal, incluido el derecho de protección e indemnización, y que fue el primer proyecto profundo del legislador europeo para lograr un reconocimiento homogéneo de la víctima en el ámbito de la Unión Europea, germen de la normativa especial posterior.

El grado de cumplimiento de dicha Decisión Marco fue objeto del Informe de la Comisión Europea de abril de 2009, que puso de relieve que ningún Estado miembro había aprobado un texto legal único que recogiera, sistemáticamente, los derechos de la víctima y destacó la necesidad de un desarrollo general y efectivo de algunos aspectos del mencionado Estatuto.

Respecto de España, este Informe destaca la existencia de un marco normativo garante de los derechos de la víctima, aunque gran parte de esos derechos son exclusivamente procesales o se centran en algunos tipos muy concretos de víctimas de acuerdo con su normativa particular, esto es, la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual (desarrollada por el Real Decreto 738/1997, de 23 de mayo), la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, así como la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo.

La Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 18 de mayo de 2011, denominada «Refuerzo de los derechos de las víctimas en la Unión Europea», reitera el examen de los aspectos de la protección existente hasta la fecha que conviene reforzar y la necesidad de un marco europeo de protección, como el diseñado con la Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea de protección.

En este contexto, se ha producido la aprobación de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo. Procede, por tanto, transponer al derecho interno, no sólo las cuestiones que traslucía el informe de la Comisión de 2009 respecto al grado de transposición de la Decisión Marco 2001/220/JAI, sino también las cuestiones pendientes de transponer con arreglo a las Directivas especiales y los nuevos derechos y exigencias que recoge la nueva Directiva de 2012.

Así pues, el presente texto legislativo no sólo responde a la exigencia de mínimos que fija el legislador europeo con el texto finalmente aprobado en la citada Directiva 2012/29/UE, sino que trata de ser más ambicioso, trasladando al mismo las demandas y necesidades de la sociedad española, en aras a completar el diseño del Estado de Derecho, centrado casi siempre en las garantías procesales y los derechos del imputado, acusado, procesado o condenado.

Efectivamente, con ese foco de atención se ha podido advertir, y así lo traslada nuestra sociedad con sus demandas, una cierta postración de los derechos y especiales necesidades de las víctimas del delito que, en atención al valor superior de justicia que informa nuestro orden constitucional, es necesario abordar, siendo oportuno hacerlo precisamente con motivo de dicha transposición.

El horizonte temporal marcado por dicha Directiva para proceder a su incorporación al derecho interno se extiende hasta el 16 de noviembre de 2015, pero como quiera que esta norma europea, de carácter general, está precedida de otras especiales que requieren una transposición en fechas más cercanas, se ha optado por abordar esta tarea en el presente texto y añadir al catálogo general de derechos de las víctimas otras normas de aplicación particular para algunas categorías de éstas.

Asimismo, se considera oportuno, dado que uno de los efectos de la presente Ley es la de ofrecer un concepto unitario de víctima de delito, más allá de su consideración procesal, incluir en el concepto de víctima indirecta algunos supuestos que no vienen impuestos por la norma europea, pero sí por otras normas internacionales, como la Convención de Naciones Unidas para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

III

El presente Estatuto de la Víctima del Delito tiene la vocación de ser el catálogo general de los derechos, procesales y extraprocesales, de todas las víctimas de delitos, no obstante las remisiones a normativa especial en materia de víctimas con especiales necesidades o con especial vulnerabilidad. Es por ello una obligación que, cuando se trate de menores, el interés superior del menor actúe a modo de guía para cualquier medida y decisión que se tome en relación a un menor víctima de un delito durante el proceso penal. En este sentido, la adopción de las medidas de protección del Título III, y especialmente la no adopción de las mismas, deben estar fundamentadas en el interés superior del menor.

Se parte de un concepto amplio de víctima, por cualquier delito y cualquiera que sea la naturaleza del perjuicio físico, moral o material que se le haya irrogado. Comprende a la víctima directa, pero también a víctimas indirectas, como familiares o asimilados.

Por otro lado, la protección y el apoyo a la víctima no es sólo procesal, ni depende de su posición en un proceso, sino que cobra una dimensión extraprocesal. Se funda en un concepto amplio de reconocimiento, protección y apoyo, en aras a la salvaguarda integral de la víctima. Para ello, es fundamental ofrecer a la víctima las máximas facilidades para el ejercicio y tutela de sus derechos, con la minoración de trámites innecesarios que supongan la segunda victimización, otorgarle una información y orientación eficaz de los derechos y servicios que le corresponden, la derivación por la autoridad competente, un trato humano y la posibilidad de hacerse acompañar por la persona que designe en todos sus trámites, no obstante la representación procesal que proceda, entre otras medidas.

Las actuaciones han de estar siempre orientadas a la persona, lo que exige una evaluación y un trato individualizado de toda víctima, sin perjuicio del trato especializado que exigen ciertos tipos de víctimas.

Como ya se ha indicado, el reconocimiento, protección y apoyo a la víctima no se limita a los aspectos materiales y a la reparación económica, sino que también se extiende a su dimensión moral.

Por otra parte, el reconocimiento, protección y apoyo a la víctima se otorga atendiendo, a su vez, a las especialidades de las víctimas que no residen habitualmente en nuestro país.

La efectividad de estos derechos hace necesaria la máxima colaboración institucional e implica no sólo a las distintas Administraciones Públicas, al Poder Judicial y a colectivos de profesionales y víctimas, sino también a las personas concretas que, desde su puesto de trabajo, tienen contacto y se relacionan con las víctimas y, en último término, al conjunto de la sociedad. Por ello, es tan necesario dotar a las instituciones de protocolos de actuación y de procedimientos de coordinación y colaboración, como también el fomento de oficinas especializadas, de la formación técnica, inicial y continuada del personal, y de la sensibilización que el trato a la víctima comporta, sin olvidar la participación de asociaciones y colectivos.

No obstante la vocación unificadora del Estatuto y las remisiones a la normativa especial de ciertos colectivos de víctimas, que verían ampliada su asistencia y protección con el catálogo general de derechos de la víctima, ante la ausencia de una regulación específica para ciertos colectivos de víctimas con especial vulnerabilidad, se pretende otorgarles una protección especial en este texto mediante la transposición de otras dos Directivas recientes: la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, así como la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo.

IV

En cuanto al contenido y estructura de la Ley, se inicia mediante un Título preliminar, dedicado a las disposiciones generales, que viene a establecer un concepto de víctima omnicomprensivo, por cuanto se extiende a toda persona que sufra un perjuicio físico, moral o económico como consecuencia de un delito.

También se reconoce la condición de víctima indirecta al cónyuge o persona vinculada a la víctima por una análoga relación de afectividad, sus hijos y progenitores, parientes directos y personas a cargo de la víctima directa por muerte o desaparición ocasionada por el delito, así como a los titulares de la patria potestad o tutela en relación a la desaparición forzada de las personas a su cargo, cuando ello determine un peligro relevante de victimización secundaria.

Los derechos que recoge la Ley serán de aplicación a todas las víctimas de delitos ocurridos en España o que puedan ser perseguidos en España, con independencia de la nacionalidad de la víctima o de si disfrutaban o no de residencia legal.

Así, el Título preliminar recoge un catálogo general de derechos comunes a todas las víctimas, que se va desarrollando posteriormente a lo largo del articulado y que se refiere tanto a los servicios de apoyo como a los de justicia reparadora que se establezcan legalmente, y a las actuaciones a lo largo del proceso penal en todas sus fases –incluidas las primeras diligencias y la ejecución–, con independencia del resultado del proceso penal. En ese catálogo general, se recogen, entre otros, el derecho a la información, a la protección y al apoyo en todo caso, el derecho a participar activamente en el proceso penal, el derecho al reconocimiento como tal víctima y el derecho a un trato respetuoso, profesional, individualizado y no discriminatorio.

V

El Título I reconoce una serie de derechos extraprocerales, también comunes a todas las víctimas, con independencia de que sean parte en un proceso penal o hayan decidido o no ejercer algún tipo de acción, e incluso con anterioridad a la iniciación del proceso penal.

Resulta novedoso que toda víctima, en aras a facilitar que se encuentre arropada desde el punto de vista personal, pueda hacerse acompañar por la persona que designe, sin perjuicio de la intervención de abogado cuando proceda, en sus diligencias y trato con las autoridades.

En este Título se regula el derecho a obtener información de toda autoridad o funcionario al que se acuda, con lenguaje sencillo y accesible, desde el primer contacto. Esa información, que deberá ser detallada y sucesivamente actualizada, debe orientar e informar sobre los derechos que asisten a la víctima en cuestiones tales como: medidas de apoyo disponibles; modo de ejercicio de su derecho a denunciar; modo y condiciones de protección, del asesoramiento jurídico y de la defensa jurídica; indemnizaciones, interpretación y traducción; medidas de efectividad de sus intereses si residen en distinto país de la Unión Europea; procedimiento de denuncia por inactividad de la autoridad competente; datos de contacto para comunicaciones; servicios disponibles de justicia reparadora; y el modo de reembolso de gastos judiciales.

Se regula específicamente el derecho de la víctima como denunciante y, en particular, su derecho a obtener una copia de la denuncia, debidamente certificada, asistencia lingüística gratuita a la víctima que desee interponer denuncia y traducción gratuita de la copia de la denuncia presentada.

Asimismo, con independencia de personarse en el proceso penal, se reconoce el derecho de la víctima a recibir información sobre ciertos hitos de la causa penal.

Se desarrolla, de acuerdo con la normativa europea, el derecho a la traducción e interpretación, tanto en las entrevistas, incluidas las policiales, como en la participación activa en vistas, e incluye el derecho a la traducción escrita y gratuita de la información

esencial, en particular la decisión de poner término a la causa y la designación de lugar y hora del juicio.

Se regula el acceso a los servicios de apoyo, que comprende la acogida inicial, orientación e información y medidas concretas de protección, sin perjuicio de apoyos específicos para cada víctima, según aconseje su evaluación individual y para ciertas categorías de víctimas de especial vulnerabilidad.

Igualmente se busca visibilizar como víctimas a los menores que se encuentran en un entorno de violencia de género o violencia doméstica, para garantizarles el acceso a los servicios de asistencia y apoyo, así como la adopción de medidas de protección, con el objetivo de facilitar su recuperación integral.

VI

El Título II sistematiza los derechos de la víctima en cuanto a su participación en el proceso penal, como algo independiente de las medidas de protección de la víctima en el proceso, que son objeto del Título III.

Se reconoce a la víctima el derecho a participar en el proceso, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y se refuerza la efectividad material del mismo a través de diversas medidas: por un lado, la notificación de las resoluciones de sobreseimiento y archivo y el reconocimiento del derecho a impugnarlas dentro de un plazo de tiempo suficiente a partir de la comunicación, con independencia de que se haya constituido anteriormente o no como parte en el proceso; por otro lado, el reconocimiento del derecho a obtener el pago de las costas que se le hubieran causado, con preferencia al derecho del Estado a ser indemnizado por los gastos hechos en la causa, cuando el delito hubiera sido finalmente perseguido únicamente a su instancia o el sobreseimiento de la misma hubiera sido revocado por la estimación del recurso interpuesto por ella.

El Estado, como es propio de cualquier modelo liberal, conserva el monopolio absoluto sobre la ejecución de las penas, lo que no es incompatible con que se faciliten a la víctima ciertos cauces de participación que le permitan impugnar ante los Tribunales determinadas resoluciones que afecten al régimen de cumplimiento de condena de delitos de carácter especialmente grave, facilitar información que pueda ser relevante para que los Jueces y Tribunales resuelvan sobre la ejecución de la pena, responsabilidades civiles o comiso ya acordados, y solicitar la adopción de medidas de control con relación a liberados condicionales que hubieran sido condenados por hechos de los que pueda derivarse razonablemente una situación de peligro para la víctima.

La regulación de la intervención de la víctima en la fase de ejecución de la pena, cuando se trata del cumplimiento de condenas por delitos especialmente graves, garantiza la confianza y colaboración de las víctimas con la justicia penal, así como la observancia del principio de legalidad, dado que la decisión corresponde siempre a la autoridad judicial, por lo que no se ve afectada la reinserción del penado.

Asimismo, se facilita a la víctima el ejercicio de sus derechos, permitiendo la presentación de solicitudes de justicia gratuita ante la autoridad o funcionario encargado

de informarle de sus derechos, evitándose de este modo el peregrinaje por diversas oficinas; y se regula el procedimiento aplicable en los casos de presentación en España de denuncia por hechos delictivos cometidos en otros países de la Unión Europea, así como la comunicación a la víctima de su remisión, en su caso, a las autoridades competentes.

El Estatuto reconoce también el derecho de la víctima a obtener la devolución inmediata de los efectos de su propiedad, salvo en los supuestos excepcionales en los que el efecto en cuestión, temporalmente o de forma definitiva, tuviera que permanecer bajo la custodia de las autoridades para garantizar el correcto desarrollo del proceso.

Finalmente, se incluye una referencia a la posible actuación de los servicios de justicia restaurativa. En este punto, el Estatuto supera las referencias tradicionales a la mediación entre víctima e infractor y subraya la desigualdad moral que existe entre ambos. Por ello, la actuación de estos servicios se concibe orientada a la reparación material y moral de la víctima, y tiene como presupuesto el consentimiento libre e informado de la víctima y el previo reconocimiento de los hechos esenciales por parte del autor. En todo caso, la posible actuación de los servicios de justicia restaurativa quedará excluida cuando ello pueda conllevar algún riesgo para la seguridad de la víctima o pueda ser causa de cualquier otro perjuicio.

VII

En el Título III se abordan cuestiones relativas a la protección y reconocimiento de las víctimas, así como las medidas de protección específicas para cierto tipo de víctimas.

Las medidas de protección buscan la efectividad frente a represalias, intimidación, victimización secundaria, daños psíquicos o agresiones a la dignidad durante los interrogatorios y declaraciones como testigo, e incluyen desde las medidas de protección física hasta otras, como el uso de salas separadas en los Tribunales, para evitar contacto de la víctima con el infractor y cualesquiera otras, bajo discrecionalidad judicial, que exijan las circunstancias.

Para evitar la victimización secundaria en particular, se trata de obtener la declaración de la víctima sin demora tras la denuncia, reducir el número de declaraciones y reconocimientos médicos al mínimo necesario, y garantizar a la víctima su derecho a hacerse acompañar, no ya solo del representante procesal, sino de otra persona de su elección, salvo resolución motivada.

La adopción de medidas y el acceso a ciertos servicios vienen precedidos de una evaluación individualizada de la víctima, para determinar sus necesidades de protección específica y de eventuales medidas especiales. Dichas medidas han de actualizarse con arreglo al transcurso del proceso y a las circunstancias sobrevenidas.

Las medidas de protección específica se adoptan atendiendo al carácter de la persona, al delito y sus circunstancias, a la entidad del daño y su gravedad o a la vulnerabilidad de la víctima. Así, junto a las remisiones a la vigente normativa especial en la materia, se incluyen aquellas medidas concretas de protección para colectivos que

carecen de legislación especial y, particularmente, las de menores de edad víctimas de abuso, explotación o pornografía infantil, víctimas de trata de seres humanos, personas con discapacidad y otros colectivos, como los delitos con pluralidad de afectados y los de efecto catastrófico.

VIII

El Título IV, finalmente, recoge una serie de disposiciones comunes, como son las relativas a la organización y funcionamiento de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas de delito, el fomento de la formación de operadores jurídicos y del personal al servicio de la Administración de Justicia en el trato a las víctimas, la sensibilización y concienciación mediante campañas de información, la investigación y educación en materia de apoyo, protección y solidaridad con las víctimas, la cooperación con la sociedad civil y en el ámbito internacional, así como el fomento de la autorregulación por los medios de comunicación del tratamiento de informaciones que afecten a la dignidad de las víctimas.

En este Título cabe destacar, asimismo, que se introducen distintas previsiones para reforzar la coordinación entre los distintos servicios que realizan funciones en materia de asistencia a las víctimas, así como la colaboración con redes públicas y privadas, en la línea de alcanzar una mayor eficacia en los servicios que se prestan a los ciudadanos, siguiendo así las directrices de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (CORA).

Se regula por último la obligación de reembolso en el caso de las víctimas fraudulentas, condenadas por simulación de delito o denuncia falsa, que hayan ocasionado gastos a la Administración por su reconocimiento, información, protección y apoyo, así como por los servicios prestados, sin perjuicio de las demás responsabilidades, civiles o penales, que en su caso procedan.

IX

La Ley incorpora dos disposiciones adicionales. La disposición adicional primera, que prevé la creación y ulterior desarrollo reglamentario de un mecanismo de evaluación periódica global del sistema de apoyo y protección a las víctimas, con participación de los agentes y colectivos implicados, que sirva de base a futuras iniciativas y a la mejora paulatina del mismo; y la disposición adicional segunda relativa a los medios.

En cuanto a las disposiciones finales, destaca la disposición final primera, que modifica la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal. Estos ajustes en la norma procesal penal resultan necesarios para complementar la regulación sustantiva de derechos que se recoge en la presente Ley, que transpone la Directiva 2012/29/UE.

El resto de disposiciones finales se refieren a la introducción de una reforma muy puntual en el Código Penal, al título competencial, al desarrollo reglamentario, a la adaptación de los Estatutos Generales de la Abogacía y Procuraduría y a la entrada en vigor.

TÍTULO PRELIMINAR

Disposiciones generales

Artículo 1. Ámbito.

Las disposiciones de esta Ley serán aplicables, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 17, a las víctimas de delitos cometidos en España o que puedan ser perseguidos en España, con independencia de su nacionalidad, de si son mayores o menores de edad o de si disfrutaban o no de residencia legal.

Artículo 2. Ámbito subjetivo. Concepto general de víctima.

Las disposiciones de esta Ley serán aplicables:

a) Como víctima directa, a toda persona física que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito.

b) Como víctima indirecta, en los casos de muerte o desaparición de una persona que haya sido causada directamente por un delito, salvo que se tratase de los responsables de los hechos:

1.º A su cónyuge no separado legalmente o de hecho y a los hijos de la víctima o del cónyuge no separado legalmente o de hecho que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ellos; a la persona que hasta el momento de la muerte o desaparición hubiera estado unida a ella por una análoga relación de afectividad y a los hijos de ésta que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ella; a sus progenitores y parientes en línea recta o colateral dentro del tercer grado que se encontraran bajo su guarda y a las personas sujetas a su tutela o curatela o que se encontraran bajo su acogimiento familiar.

2.º En caso de no existir los anteriores, a los demás parientes en línea recta y a sus hermanos, con preferencia, entre ellos, del que ostentara la representación legal de la víctima.

Las disposiciones de esta Ley no serán aplicables a terceros que hubieran sufrido perjuicios derivados del delito.

Artículo 3. Derechos de las víctimas.

1. Toda víctima tiene derecho a la protección, información, apoyo, asistencia y atención, así como a la participación activa en el proceso penal y a recibir un trato respetuoso, profesional, individualizado y no discriminatorio desde su primer contacto con las autoridades o funcionarios, durante la actuación de los servicios de asistencia y apoyo a las víctimas y de justicia restaurativa, a lo largo de todo el proceso penal y por un período de tiempo adecuado después de su conclusión, con independencia de que se conozca o no la identidad del infractor y del resultado del proceso.

2. El ejercicio de estos derechos se regirá por lo dispuesto en la presente Ley y en las disposiciones reglamentarias que la desarrollen, así como por lo dispuesto en la legislación especial y en las normas procesales que resulten de aplicación.

TÍTULO I

Derechos básicos

Artículo 4. Derecho a entender y ser entendida.

Toda víctima tiene el derecho a entender y ser entendida en cualquier actuación que deba llevarse a cabo desde la interposición de una denuncia y durante el proceso penal, incluida la información previa a la interposición de una denuncia.

A tal fin:

a) Todas las comunicaciones con las víctimas, orales o escritas, se harán en un lenguaje claro, sencillo y accesible, de un modo que tenga en cuenta sus características personales y, especialmente, las necesidades de las personas con discapacidad sensorial, intelectual o mental o su minoría de edad. Si la víctima fuera menor o tuviera la capacidad judicialmente modificada, las comunicaciones se harán a su representante o a la persona que le asista.

b) Se facilitará a la víctima, desde su primer contacto con las autoridades o con las Oficinas de Asistencia a las Víctimas, la asistencia o apoyos necesarios para que pueda hacerse entender ante ellas, lo que incluirá la interpretación en las lenguas de signos reconocidas legalmente y los medios de apoyo a la comunicación oral de personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas.

c) La víctima podrá estar acompañada de una persona de su elección desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios.

Artículo 5. Derecho a la información desde el primer contacto con las autoridades competentes.

1. Toda víctima tiene derecho, desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios, incluyendo el momento previo a la presentación de la denuncia, a recibir, sin retrasos innecesarios, información adaptada a sus circunstancias y condiciones personales y a la naturaleza del delito cometido y de los daños y perjuicios sufridos, sobre los siguientes extremos:

a) Medidas de asistencia y apoyo disponibles, sean médicas, psicológicas o materiales, y procedimiento para obtenerlas. Dentro de estas últimas se incluirá, cuando resulte oportuno, información sobre las posibilidades de obtener un alojamiento alternativo.

b) Derecho a denunciar y, en su caso, el procedimiento para interponer la denuncia y derecho a facilitar elementos de prueba a las autoridades encargadas de la investigación.

c) Procedimiento para obtener asesoramiento y defensa jurídica y, en su caso, condiciones en las que pueda obtenerse gratuitamente.

d) Posibilidad de solicitar medidas de protección y, en su caso, procedimiento para hacerlo.

e) Indemnizaciones a las que pueda tener derecho y, en su caso, procedimiento para reclamarlas.

f) Servicios de interpretación y traducción disponibles.

g) Ayudas y servicios auxiliares para la comunicación disponibles.

h) Procedimiento por medio del cual la víctima pueda ejercer sus derechos en el caso de que resida fuera de España.

i) Recursos que puede interponer contra las resoluciones que considere contrarias a sus derechos.

j) Datos de contacto de la autoridad encargada de la tramitación del procedimiento y cauces para comunicarse con ella.

k) Servicios de justicia restaurativa disponibles, en los casos en que sea legalmente posible.

l) Supuestos en los que pueda obtener el reembolso de los gastos judiciales y, en su caso, procedimiento para reclamarlo.

m) Derecho a efectuar una solicitud para ser notificada de las resoluciones a las que se refiere el artículo 7. A estos efectos, la víctima designará en su solicitud una dirección de correo electrónico y, en su defecto, una dirección postal o domicilio, al que serán remitidas las comunicaciones y notificaciones por la autoridad.

2. Esta información será actualizada en cada fase del procedimiento, para garantizar a la víctima la posibilidad de ejercer sus derechos.

Artículo 6. Derechos de la víctima como denunciante.

Toda víctima tiene, en el momento de presentar su denuncia, los siguientes derechos:

a) A obtener una copia de la denuncia, debidamente certificada.

b) A la asistencia lingüística gratuita y a la traducción escrita de la copia de la denuncia presentada, cuando no entienda o no hable ninguna de las lenguas que tengan carácter oficial en el lugar en el que se presenta la denuncia.

Artículo 7. Derecho a recibir información sobre la causa penal.

1. Toda víctima que haya realizado la solicitud a la que se refiere el apartado m) del artículo 5.1, será informada sin retrasos innecesarios de la fecha, hora y lugar del juicio, así como del contenido de la acusación dirigida contra el infractor, y se le notificarán las siguientes resoluciones:

a) La resolución por la que se acuerde no iniciar el procedimiento penal.

b) La sentencia que ponga fin al procedimiento.

c) Las resoluciones que acuerden la prisión o la posterior puesta en libertad del infractor, así como la posible fuga del mismo.

d) Las resoluciones que acuerden la adopción de medidas cautelares personales o que modifiquen las ya acordadas, cuando hubieran tenido por objeto garantizar la seguridad de la víctima.

e) Las resoluciones o decisiones de cualquier autoridad judicial o penitenciaria que afecten a sujetos condenados por delitos cometidos con violencia o intimidación y que supongan un riesgo para la seguridad de la víctima. En estos casos y a estos efectos, la Administración penitenciaria comunicará inmediatamente a la autoridad judicial la resolución adoptada para su notificación a la víctima afectada.

f) Las resoluciones a que se refiere el artículo 13.

Estas comunicaciones incluirán, al menos, la parte dispositiva de la resolución y un breve resumen del fundamento de la misma, y serán remitidas a su dirección de correo electrónico. Excepcionalmente, si la víctima no dispusiera de una dirección de correo electrónico, se remitirán por correo ordinario a la dirección que hubiera facilitado. En el caso de ciudadanos residentes fuera de la Unión Europea, si no se dispusiera de una dirección de correo electrónico o postal en la que realizar la comunicación, se remitirá a la oficina diplomática o consular española en el país de residencia para que la publique.

Si la víctima se hubiera personado formalmente en el procedimiento, las resoluciones serán notificadas a su procurador y serán comunicadas a la víctima en la dirección de correo electrónico que haya facilitado, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado siguiente.

2. Las víctimas podrán manifestar en cualquier momento su deseo de no ser informadas de las resoluciones a las que se refiere este artículo, quedando sin efecto la solicitud realizada.

3. Cuando se trate de víctimas de delitos de violencia de género, les serán notificadas las resoluciones a las que se refieren las letras c) y d) del apartado 1, sin necesidad de que la víctima lo solicite, salvo en aquellos casos en los que manifieste su deseo de no recibir dichas notificaciones.

4. Asimismo, se le facilitará, cuando lo solicite, información relativa a la situación en que se encuentra el procedimiento, salvo que ello pudiera perjudicar el correcto desarrollo de la causa.

Artículo 8. Período de reflexión en garantía de los derechos de la víctima.

1. Los Abogados y Procuradores no podrán dirigirse a las víctimas directas o indirectas de catástrofes, calamidades públicas u otros sucesos que hubieran producido un número elevado de víctimas que cumplan los requisitos que se determinen reglamentariamente y que puedan constituir delito, para ofrecerles sus servicios profesionales hasta transcurridos 45 días desde el hecho.

Esta prohibición quedará sin efecto en el caso de que la prestación de estos servicios profesionales haya sido solicitada expresamente por la víctima.

2. El incumplimiento de esta prohibición dará lugar a responsabilidad disciplinaria por infracción muy grave, sin perjuicio de las demás responsabilidades que procedan.

Artículo 9. Derecho a la traducción e interpretación.

1. Toda víctima que no hable o no entienda el castellano o la lengua oficial que se utilice en la actuación de que se trate tendrá derecho:

a) A ser asistida gratuitamente por un intérprete que hable una lengua que comprenda cuando se le reciba declaración en la fase de investigación por el Juez, el Fiscal o funcionarios de policía, o cuando intervenga como testigo en el juicio o en cualquier otra vista oral.

Este derecho será también aplicable a las personas con limitaciones auditivas o de expresión oral.

b) A la traducción gratuita de las resoluciones a las que se refieren el apartado 1 del artículo 7 y el artículo 12. La traducción incluirá un breve resumen del fundamento de la resolución adoptada, cuando la víctima así lo haya solicitado.

c) A la traducción gratuita de aquella información que resulte esencial para el ejercicio de los derechos a que se refiere el Título II. Las víctimas podrán presentar una solicitud motivada para que se considere esencial un documento.

d) A ser informada, en una lengua que comprenda, de la fecha, hora y lugar de celebración del juicio.

2. La asistencia de intérprete se podrá prestar por medio de videoconferencia o cualquier medio de telecomunicación, salvo que el Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, acuerde la presencia física del intérprete para salvaguardar los derechos de la víctima.

3. Excepcionalmente, la traducción escrita de documentos podrá ser sustituida por un resumen oral de su contenido en una lengua que comprenda, cuando de este modo también se garantice suficientemente la equidad del proceso.

4. Cuando se trate de actuaciones policiales, la decisión de no facilitar interpretación o traducción a la víctima podrá ser recurrida ante el Juez de instrucción. Este recurso se entenderá interpuesto cuando la persona afectada por la decisión hubiera expresado su disconformidad en el momento de la denegación.

5. La decisión judicial de no facilitar interpretación o traducción a la víctima podrá ser recurrida en apelación.

Artículo 10. Derecho de acceso a los servicios de asistencia y apoyo.

Toda víctima tiene derecho a acceder, de forma gratuita y confidencial, en los términos que reglamentariamente se determine, a los servicios de asistencia y apoyo facilitados por las Administraciones públicas, así como a los que presten las Oficinas de

Asistencia a las Víctimas. Este derecho podrá extenderse a los familiares de la víctima, en los términos que asimismo se establezcan reglamentariamente, cuando se trate de delitos que hayan causado perjuicios de especial gravedad.

Las autoridades o funcionarios que entren en contacto con las víctimas deberán derivarlas a las Oficinas de Asistencia a las Víctimas cuando resulte necesario en atención a la gravedad del delito o en aquellos casos en los que la víctima lo solicite.

Los hijos menores y los menores sujetos a tutela, guarda y custodia de las mujeres víctimas de violencia de género o de personas víctimas de violencia doméstica tendrán derecho a las medidas de asistencia y protección previstas en los Títulos I y III de esta Ley.

TÍTULO II

Participación de la víctima en el proceso penal

Artículo 11. Participación activa en el proceso penal.

Toda víctima tiene derecho:

- a) A ejercer la acción penal y la acción civil conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin perjuicio de las excepciones que puedan existir.
- b) A comparecer ante las autoridades encargadas de la investigación para aportarles las fuentes de prueba y la información que estime relevante para el esclarecimiento de los hechos.

Artículo 12. Comunicación y revisión del sobreseimiento de la investigación a instancia de la víctima.

1. La resolución de sobreseimiento será comunicada, de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a las víctimas directas del delito que hubieran denunciado los hechos, así como al resto de víctimas directas de cuya identidad y domicilio se tuviera conocimiento.

En los casos de muerte o desaparición de una persona que haya sido causada directamente por un delito, se comunicará, conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a las personas a que se refiere el apartado b) del artículo 2. En estos supuestos, el Juez o Tribunal podrá acordar, motivadamente, prescindir de la comunicación a todos los familiares cuando ya se haya dirigido con éxito a varios de ellos o cuando hayan resultado infructuosas cuantas gestiones se hubieren practicado para su localización.

2. La víctima podrá recurrir la resolución de sobreseimiento conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin que sea necesario para ello que se haya personado anteriormente en el proceso.

Artículo 13. Participación de la víctima en la ejecución.

1. Las víctimas que hubieran solicitado, conforme a la letra m) del artículo 5.1, que les sean notificadas las resoluciones siguientes, podrán recurrirlas de acuerdo con lo

establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aunque no se hubieran mostrado parte en la causa:

a) El auto por el que el Juez de Vigilancia Penitenciaria autoriza, conforme a lo previsto en el párrafo tercero del artículo 36.2 del Código Penal, la posible clasificación del penado en tercer grado antes de que se extinga la mitad de la condena, cuando la víctima lo fuera de alguno de los siguientes delitos:

- 1.º Delitos de homicidio.
- 2.º Delitos de aborto del artículo 144 del Código Penal.
- 3.º Delitos de lesiones.
- 4.º Delitos contra la libertad.
- 5.º Delitos de tortura y contra la integridad moral.
- 6.º Delitos contra la libertad e indemnidad sexual.
- 7.º Delitos de robo cometidos con violencia o intimidación.
- 8.º Delitos de terrorismo.
- 9.º Delitos de trata de seres humanos.

b) El auto por el que el Juez de Vigilancia Penitenciaria acuerde, conforme a lo previsto en el artículo 78.3 del Código Penal, que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran al límite de cumplimiento de condena, y no a la suma de las penas impuestas, cuando la víctima lo fuera de alguno de los delitos a que se refiere la letra a) de este apartado o de un delito cometido en el seno de un grupo u organización criminal.

c) El auto por el que se conceda al penado la libertad condicional, cuando se trate de alguno de los delitos a que se refiere el párrafo segundo del artículo 36.2 del Código Penal o de alguno de los delitos a que se refiere la letra a) de este apartado, siempre que se hubiera impuesto una pena de más de cinco años de prisión.

La víctima deberá anunciar al Secretario judicial competente su voluntad de recurrir dentro del plazo máximo de cinco días contados a partir del momento en que se hubiera notificado conforme a lo dispuesto en los párrafos segundo y tercero del artículo 7.1, e interponer el recurso dentro del plazo de quince días desde dicha notificación.

Para el anuncio de la presentación del recurso no será necesaria la asistencia de abogado.

2. Las víctimas estarán también legitimadas para:

a) Interesar que se impongan al liberado condicional las medidas o reglas de conducta previstas por la ley que consideren necesarias para garantizar su seguridad, cuando aquél hubiera sido condenado por hechos de los que pueda derivarse razonablemente una situación de peligro para la víctima;

b) Facilitar al Juez o Tribunal cualquier información que resulte relevante para resolver sobre la ejecución de la pena impuesta, las responsabilidades civiles derivadas del delito o el comiso que hubiera sido acordado.

3. Antes de que el Juez de Vigilancia Penitenciaria tenga que dictar alguna de las resoluciones indicadas en el apartado 1 de este artículo, dará traslado a la víctima para que en el plazo de cinco días formule sus alegaciones, siempre que ésta hubiese efectuado la solicitud a que se refiere la letra m) del apartado 1 del artículo 5 de esta Ley.

Artículo 14. Reembolso de gastos.

La víctima que haya participado en el proceso tendrá derecho a obtener el reembolso de los gastos necesarios para el ejercicio de sus derechos y las costas procesales que se le hubieren causado con preferencia respecto del pago de los gastos que se hubieran causado al Estado, cuando se imponga en la sentencia de condena su pago y se hubiera condenado al acusado, a instancia de la víctima, por delitos por los que el Ministerio Fiscal no hubiera formulado acusación o tras haberse revocado la resolución de archivo por recurso interpuesto por la víctima.

Artículo 15. Servicios de justicia restaurativa.

1. Las víctimas podrán acceder a servicios de justicia restaurativa, en los términos que reglamentariamente se determinen, con la finalidad de obtener una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito, cuando se cumplan los siguientes requisitos:

a) el infractor haya reconocido los hechos esenciales de los que deriva su responsabilidad;

b) la víctima haya prestado su consentimiento, después de haber recibido información exhaustiva e imparcial sobre su contenido, sus posibles resultados y los procedimientos existentes para hacer efectivo su cumplimiento;

c) el infractor haya prestado su consentimiento;

d) el procedimiento de mediación no entrañe un riesgo para la seguridad de la víctima, ni exista el peligro de que su desarrollo pueda causar nuevos perjuicios materiales o morales para la víctima; y

e) no esté prohibida por la ley para el delito cometido.

2. Los debates desarrollados dentro del procedimiento de mediación serán confidenciales y no podrán ser difundidos sin el consentimiento de ambas partes. Los mediadores y otros profesionales que participen en el procedimiento de mediación, estarán sujetos a secreto profesional con relación a los hechos y manifestaciones de que hubieran tenido conocimiento en el ejercicio de su función.

3. La víctima y el infractor podrán revocar su consentimiento para participar en el procedimiento de mediación en cualquier momento.

Artículo 16. Justicia gratuita.

Las víctimas podrán presentar sus solicitudes de reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita ante el funcionario o autoridad que les facilite la información a la que se refiere la letra c) del artículo 5.1, que la trasladará, junto con la documentación aportada, al Colegio de Abogados correspondiente.

La solicitud también podrá ser presentada ante las Oficinas de Asistencia a las Víctimas de la Administración de Justicia, que la remitirán al Colegio de Abogados que corresponda.

Artículo 17. Víctimas de delitos cometidos en otros Estados miembros de la Unión Europea.

Las víctimas residentes en España podrán presentar ante las autoridades españolas denuncias correspondientes a hechos delictivos que hubieran sido cometidos en el territorio de otros países de la Unión Europea.

En el caso de que las autoridades españolas resuelvan no dar curso a la investigación por falta de jurisdicción, remitirán inmediatamente la denuncia presentada a las autoridades competentes del Estado en cuyo territorio se hubieran cometido los hechos y se lo comunicarán al denunciante por el procedimiento que hubiera designado conforme a lo previsto en la letra m) del artículo 5.1 de la presente Ley.

Artículo 18. Devolución de bienes.

Las víctimas tendrán derecho a obtener, de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la devolución sin demora de los bienes restituibles de su propiedad que hubieran sido incautados en el proceso.

La devolución podrá ser denegada cuando la conservación de los efectos por la autoridad resulte imprescindible para el correcto desarrollo del proceso penal y no sea suficiente con la imposición al propietario de una obligación de conservación de los efectos a disposición del Juez o Tribunal.

Asimismo, la devolución de dichos efectos podrá denegarse, conforme a lo previsto en la legislación que sea de aplicación, cuando su conservación sea necesaria en un procedimiento de investigación técnica de un accidente.

TÍTULO III

Protección de las víctimas

Artículo 19. Derecho de las víctimas a la protección.

Las autoridades y funcionarios encargados de la investigación, persecución y enjuiciamiento de los delitos adoptarán las medidas necesarias, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para garantizar la vida de la víctima y de sus familiares, su integridad física y psíquica, libertad, seguridad, libertad e indemnidad sexuales, así como para proteger adecuadamente su intimidad y su dignidad, particularmente cuando se les reciba declaración o deban testificar en juicio, y para evitar el riesgo de su victimización secundaria o reiterada.

En el caso de las víctimas menores de edad, la Fiscalía velará especialmente por el cumplimiento de este derecho de protección, adoptando las medidas adecuadas a su interés superior cuando resulte necesario para impedir o reducir los perjuicios que para ellos puedan derivar del desarrollo del proceso.

Artículo 20. Derecho a que se evite el contacto entre víctima e infractor.

Las dependencias en las que se desarrollen los actos del procedimiento penal, incluida la fase de investigación, estarán dispuestas de modo que se evite el contacto directo entre las víctimas y sus familiares, de una parte, y el sospechoso de la infracción o acusado, de otra, con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Criminal y sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos siguientes.

Artículo 21. Protección de la víctima durante la investigación penal.

Las autoridades y funcionarios encargados de la investigación penal velarán por que, en la medida que ello no perjudique la eficacia del proceso:

a) Se reciba declaración a las víctimas, cuando resulte necesario, sin dilaciones injustificadas.

b) Se reciba declaración a las víctimas el menor número de veces posible, y únicamente cuando resulte estrictamente necesario para los fines de la investigación penal.

c) Las víctimas puedan estar acompañadas, además de por su representante procesal y en su caso el representante legal, por una persona de su elección, durante la práctica de aquellas diligencias en las que deban intervenir, salvo que motivadamente se resuelva lo contrario por el funcionario o autoridad encargado de la práctica de la diligencia para garantizar el correcto desarrollo de la misma.

d) Los reconocimientos médicos de las víctimas solamente se lleven a cabo cuando resulten imprescindibles para los fines del proceso penal, y se reduzca al mínimo el número de los mismos.

Artículo 22. Derecho a la protección de la intimidad.

Los Jueces, Tribunales, Fiscales y las demás autoridades y funcionarios encargados de la investigación penal, así como todos aquellos que de cualquier modo intervengan o participen en el proceso, adoptarán, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley, las medidas necesarias para proteger la intimidad de todas las víctimas y de sus familiares y, en particular, para impedir la difusión de cualquier información que pueda facilitar la identificación de las víctimas menores de edad o de víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección.

Artículo 23. Evaluación individual de las víctimas a fin de determinar sus necesidades especiales de protección.

1. La determinación de qué medidas de protección, reguladas en los artículos siguientes, deben ser adoptadas para evitar a la víctima perjuicios relevantes que, de

otro modo, pudieran derivar del proceso, se realizará tras una valoración de sus circunstancias particulares.

2. Esta valoración tendrá especialmente en consideración:

a) Las características personales de la víctima y en particular:

1.º Si se trata de una persona con discapacidad o si existe una relación de dependencia entre la víctima y el supuesto autor del delito.

2.º Si se trata de víctimas menores de edad o de víctimas necesitadas de especial protección o en las que concurran factores de especial vulnerabilidad.

b) La naturaleza del delito y la gravedad de los perjuicios causados a la víctima, así como el riesgo de reiteración del delito. A estos efectos, se valorarán especialmente las necesidades de protección de las víctimas de los siguientes delitos:

1.º Delitos de terrorismo.

2.º Delitos cometidos por una organización criminal.

3.º Delitos cometidos sobre el cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente.

4.º Delitos contra la libertad o indemnidad sexual.

5.º Delitos de trata de seres humanos.

6.º Delitos de desaparición forzada.

7.º Delitos cometidos por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, enfermedad o discapacidad.

c) Las circunstancias del delito, en particular si se trata de delitos violentos.

3. A lo largo del proceso penal, la adopción de medidas de protección para víctimas menores de edad tendrá en cuenta su situación personal, necesidades inmediatas, edad, género, discapacidad y nivel de madurez, y respetará plenamente su integridad física, mental y moral.

4. En el caso de menores de edad víctimas de algún delito contra la libertad o indemnidad sexual, se aplicarán en todo caso las medidas expresadas en las letras a), b) y c) del artículo 25.1.

Artículo 24. Competencia y procedimiento de evaluación.

1. La valoración de las necesidades de la víctima y la determinación de las medidas de protección corresponden:

a) Durante la fase de investigación del delito, al Juez de Instrucción o al de Violencia sobre la Mujer, sin perjuicio de la evaluación y resolución provisionales que

deberán realizar y adoptar el Fiscal, en sus diligencias de investigación o en los procedimientos sometidos a la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores, o los funcionarios de policía que actúen en la fase inicial de las investigaciones.

b) Durante la fase de enjuiciamiento, al Juez o Tribunal a los que correspondiera el conocimiento de la causa.

La resolución que se adopte deberá ser motivada y reflejará cuáles son las circunstancias que han sido valoradas para su adopción.

Se determinará reglamentariamente la tramitación, la constancia documental y la gestión de la valoración y sus modificaciones.

2. La valoración de las necesidades de protección de la víctima incluirá siempre la de aquéllas que hayan sido manifestadas por ella con esa finalidad, así como la voluntad que hubiera expresado.

La víctima podrá renunciar a las medidas de protección que hubieran sido acordadas de conformidad con los artículos 25 y 26.

3. En el caso de las víctimas que sean menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, su evaluación tomará en consideración sus opiniones e intereses.

4. Los servicios de asistencia a la víctima solamente podrán facilitar a terceros la información que hubieran recibido de la víctima con el consentimiento previo e informado de la misma. Fuera de esos casos, la información solamente podrá ser trasladada, en su caso, y con carácter reservado, a la autoridad que adopta la medida de protección.

5. Cualquier modificación relevante de las circunstancias en que se hubiera basado la evaluación individual de las necesidades de protección de la víctima, determinará una actualización de la misma y, en su caso, la modificación de las medidas de protección que hubieran sido acordadas.

Artículo 25. Medidas de protección.

1. Durante la fase de investigación podrán ser adoptadas las siguientes medidas para la protección de las víctimas:

a) Que se les reciba declaración en dependencias especialmente concebidas o adaptadas a tal fin.

b) Que se les reciba declaración por profesionales que hayan recibido una formación especial para reducir o limitar perjuicios a la víctima, o con su ayuda.

c) Que todas las tomas de declaración a una misma víctima le sean realizadas por la misma persona, salvo que ello pueda perjudicar de forma relevante el desarrollo del proceso o deba tomarse la declaración directamente por un Juez o un Fiscal.

d) Que la toma de declaración, cuando se trate de alguna de las víctimas a las que se refieren los números 3.º y 4.º de la letra b) del apartado 2 del artículo 23 y las

víctimas de trata con fines de explotación sexual, se lleve a cabo por una persona del mismo sexo que la víctima cuando ésta así lo solicite, salvo que ello pueda perjudicar de forma relevante el desarrollo del proceso o deba tomarse la declaración directamente por un Juez o Fiscal.

2. Durante la fase de enjuiciamiento podrán ser adoptadas, conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las siguientes medidas para la protección de las víctimas:

a) Medidas que eviten el contacto visual entre la víctima y el supuesto autor de los hechos, incluso durante la práctica de la prueba, para lo cual podrá hacerse uso de tecnologías de la comunicación.

b) Medidas para garantizar que la víctima pueda ser oída sin estar presente en la sala de vistas, mediante la utilización de tecnologías de la comunicación adecuadas.

c) Medidas para evitar que se formulen preguntas relativas a la vida privada de la víctima que no tengan relevancia con el hecho delictivo enjuiciado, salvo que el Juez o Tribunal consideren excepcionalmente que deben ser contestadas para valorar adecuadamente los hechos o la credibilidad de la declaración de la víctima.

d) Celebración de la vista oral sin presencia de público. En estos casos, el Juez o el Presidente del Tribunal podrán autorizar, sin embargo, la presencia de personas que acrediten un especial interés en la causa.

Las medidas a las que se refieren las letras a) y c) también podrán ser adoptadas durante la fase de investigación.

3. Asimismo, también podrá acordarse, para la protección de las víctimas, la adopción de alguna o algunas de las medidas de protección a que se refiere el artículo 2 de la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales.

Artículo 26. Medidas de protección para menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección.

1. En el caso de las víctimas menores de edad y en el de víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección, además de las medidas previstas en el artículo anterior se adoptarán, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las medidas que resulten necesarias para evitar o limitar, en la medida de lo posible, que el desarrollo de la investigación o la celebración del juicio se conviertan en una nueva fuente de perjuicios para la víctima del delito. En particular, serán aplicables las siguientes:

a) Las declaraciones recibidas durante la fase de investigación serán grabadas por medios audiovisuales y podrán ser reproducidas en el juicio en los casos y condiciones determinadas por la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

b) La declaración podrá recibirse por medio de expertos.

2. El Fiscal recabará del Juez o Tribunal la designación de un defensor judicial de la víctima, para que la represente en la investigación y en el proceso penal, en los siguientes casos:

a) Cuando valore que los representantes legales de la víctima menor de edad o con capacidad judicialmente modificada tienen con ella un conflicto de intereses, derivado o no del hecho investigado, que no permite confiar en una gestión adecuada de sus intereses en la investigación o en el proceso penal.

b) Cuando el conflicto de intereses a que se refiere la letra a) de este apartado exista con uno de los progenitores y el otro no se encuentre en condiciones de ejercer adecuadamente sus funciones de representación y asistencia de la víctima menor o con capacidad judicialmente modificada.

c) Cuando la víctima menor de edad o con capacidad judicialmente modificada no esté acompañada o se encuentre separada de quienes ejerzan la patria potestad o cargos tutelares.

3. Cuando existan dudas sobre la edad de la víctima y no pueda ser determinada con certeza, se presumirá que se trata de una persona menor de edad, a los efectos de lo dispuesto en esta Ley.

TÍTULO IV

Disposiciones comunes

CAPÍTULO I

Oficinas de Asistencia a las Víctimas

Artículo 27. Organización de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas.

1. El Gobierno y las Comunidades Autónomas que hayan asumido competencias en materia de Justicia organizarán, en el ámbito que les es propio, Oficinas de Asistencia a las Víctimas.

2. El Ministerio de Justicia o las Comunidades Autónomas podrán celebrar convenios de colaboración con entidades públicas y privadas, sin ánimo de lucro, para prestar los servicios de asistencia y apoyo a que se refiere este Título.

Artículo 28. Funciones de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas.

1. Las Oficinas de Asistencia a las Víctimas prestarán una asistencia que incluirá como mínimo:

a) Información general sobre sus derechos y, en particular, sobre la posibilidad de acceder a un sistema público de indemnización.

b) Información sobre los servicios especializados disponibles que puedan prestar asistencia a la víctima, a la vista de sus circunstancias personales y la naturaleza del delito de que pueda haber sido objeto.

c) Apoyo emocional a la víctima.

d) Asesoramiento sobre los derechos económicos relacionados con el proceso, en particular, el procedimiento para reclamar la indemnización de los daños y perjuicios sufridos y el derecho a acceder a la justicia gratuita.

e) Asesoramiento sobre el riesgo y la forma de prevenir la victimización secundaria o reiterada, o la intimidación o represalias.

f) Coordinación de los diferentes órganos, instituciones y entidades competentes para la prestación de servicios de apoyo a la víctima.

g) Coordinación con Jueces, Tribunales y Ministerio Fiscal para la prestación de los servicios de apoyo a las víctimas.

2. Las Oficinas de Asistencia a las Víctimas realizarán una valoración de sus circunstancias particulares, especialmente en lo relativo a las circunstancias a las que se refiere el apartado 2 del artículo 23, con la finalidad de determinar qué medidas de asistencia y apoyo deben ser prestadas a la víctima, entre las que se podrán incluir:

a) La prestación de apoyo o asistencia psicológica.

b) El acompañamiento a juicio.

c) La información sobre los recursos psicosociales y asistenciales disponibles y, si la víctima lo solicita, derivación a los mismos.

d) Las medidas especiales de apoyo que puedan resultar necesarias cuando se trate de una víctima con necesidades especiales de protección.

e) La derivación a servicios de apoyo especializados.

3. El acceso a los servicios de apoyo a las víctimas no se condicionará a la presentación previa de una denuncia.

4. Los familiares de la víctima podrán acceder a los servicios de apoyo a las víctimas conforme a lo que se disponga reglamentariamente, cuando se trate de delitos que hayan causado perjuicios de especial gravedad.

5. Las víctimas con discapacidad o con necesidades especiales de protección, así como en su caso sus familias, recibirán, directamente o mediante su derivación hacia servicios especializados, la asistencia y apoyo que resulten necesarios.

Artículo 29. Funciones de apoyo a actuaciones de justicia restaurativa y de solución extraprocesal.

Las Oficinas de Asistencia a las Víctimas prestarán, en los términos que reglamentariamente se determine, apoyo a los servicios de justicia restaurativa y demás procedimientos de solución extraprocesal que legalmente se establezcan.

CAPÍTULO II

Formación

Artículo 30. Formación en los principios de protección de las víctimas.

1. El Ministerio de Justicia, el Consejo General del Poder Judicial, la Fiscalía General del Estado y las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, asegurarán una formación general y específica, relativa a la protección de las víctimas en el proceso penal, en los cursos de formación de Jueces y Magistrados, Fiscales, Secretarios judiciales, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, médicos forenses, personal al servicio de la Administración de Justicia, personal de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas y, en su caso, funcionarios de la Administración General del Estado o de las Comunidades Autónomas que desempeñen funciones en esta materia.

En estos cursos de formación se prestará particular atención a las víctimas necesitadas de especial protección, a aquellas en las que concurren factores de especial vulnerabilidad y a las víctimas menores o con discapacidad.

2. Los Colegios de Abogados y de Procuradores impulsarán la formación y sensibilización de sus colegiados en los principios de protección de las víctimas contenidos en esta Ley.

Artículo 31. Protocolos de actuación.

El Gobierno y las Comunidades Autónomas en el marco de sus competencias, con el fin de hacer más efectiva la protección de las víctimas y de sus derechos reconocidos por esta Ley, aprobarán los Protocolos que resulten necesarios para la protección de las víctimas.

Asimismo, los Colegios profesionales que integren a aquellos que, en su actividad profesional, se relacionan y prestan servicios a las víctimas de delitos, promoverán igualmente la elaboración de Protocolos de actuación que orienten su actividad hacia la protección de las víctimas.

CAPÍTULO III

Cooperación y buenas prácticas

Artículo 32. Cooperación con profesionales y evaluación de la atención a las víctimas.

Los poderes públicos fomentarán la cooperación con los colectivos profesionales especializados en el trato, atención y protección a las víctimas.

Se fomentará la participación de estos colectivos en los sistemas de evaluación del funcionamiento de las normas, medidas y demás instrumentos que se adopten para la protección y asistencia a las víctimas.

Artículo 33. Cooperación internacional.

Los poderes públicos promoverán la cooperación con otros Estados y especialmente con los Estados miembros de la Unión Europea en materia de derechos de las víctimas de delito, en particular mediante el intercambio de experiencias, fomento de información, remisión de información para facilitar la asistencia a las víctimas concretas por las autoridades de su lugar de residencia, concienciación, investigación y

educación, cooperación con la sociedad civil, asistencia a redes sobre derecho de las víctimas y otras actividades relacionadas.

Artículo 34. Sensibilización.

Los poderes públicos fomentarán campañas de sensibilización social en favor de las víctimas, así como la autorregulación de los medios de comunicación social de titularidad pública y privada en orden a preservar la intimidad, la dignidad y los demás derechos de las víctimas. Estos derechos deberán ser respetados por los medios de comunicación social.

CAPÍTULO IV

Obligación de reembolso

Artículo 35. Obligación de reembolso.

1. La persona que se hubiera beneficiado de subvenciones o ayudas percibidas por su condición de víctima y que hubiera sido objeto de alguna de las medidas de protección reguladas en esta Ley, vendrá obligada a reembolsar las cantidades recibidas en dicho concepto y al abono de los gastos causados a la Administración por sus actuaciones de reconocimiento, información, protección y apoyo, así como por los servicios prestados con un incremento del interés legal del dinero aumentado en un cincuenta por ciento, si fuera condenada por denuncia falsa o simulación de delito.

2. El procedimiento de liquidación de la anterior obligación de reembolso y la determinación de las cuantías que puedan corresponder a cada concepto se determinarán reglamentariamente.

3. Esta disposición se aplicará sin perjuicio de lo previsto en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita.

Disposición adicional primera. Evaluación periódica del sistema de atención a las víctimas del delito en España.

El funcionamiento de las instituciones, mecanismos y garantías de asistencia a las víctimas del delito será objeto de una evaluación anual, que se llevará a cabo por el Ministerio de Justicia conforme al procedimiento que se determine reglamentariamente.

Estas evaluaciones, cuyos resultados serán publicados en la página web, orientarán la mejora del sistema de protección y la adopción de nuevas medidas para garantizar su eficacia.

El Gobierno remitirá a las Cortes Generales un informe anual con la evaluación y las propuestas de mejora del sistema de protección de las víctimas y de las medidas que garanticen su eficacia.

Disposición adicional segunda. Medios.

Las medidas incluidas en esta Ley no podrán suponer incremento de dotaciones de personal, ni de retribuciones ni de otros gastos de personal.

Disposición transitoria única. Aplicación temporal.

Las disposiciones contenidas en esta Ley serán aplicables a las víctimas de delitos a partir de la fecha de su entrada en vigor, sin que ello suponga una retroacción de los trámites que ya se hubieran cumplido.

Disposición derogatoria única. Derogación normativa.

Quedan derogadas todas las normas de rango igual o inferior en cuanto contradigan lo dispuesto en la presente Ley.

Disposición final primera. Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a efectos de la transposición de algunas de las disposiciones contenidas en la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal queda modificada como sigue:

Uno. Se modifica el artículo 109, que queda redactado como sigue:

«Artículo 109.

En el acto de recibirse declaración por el Juez al ofendido que tuviese la capacidad legal necesaria, el Secretario judicial le instruirá del derecho que le asiste para mostrarse parte en el proceso y renunciar o no a la restitución de la cosa, reparación del daño e indemnización del perjuicio causado por el hecho punible. Asimismo le informará de los derechos recogidos en la legislación vigente, pudiendo delegar esta función en personal especializado en la asistencia a víctimas.

Si fuera menor o tuviera la capacidad judicialmente modificada, se practicará igual diligencia con su representante legal o la persona que le asista.

Fuera de los casos previstos en los dos párrafos anteriores, no se hará a los interesados en las acciones civiles o penales notificación alguna que prolongue o detenga el curso de la causa, lo cual no obsta para que el Secretario judicial procure instruir de aquel derecho al ofendido ausente.

En cualquier caso, en los procesos que se sigan por delitos comprendidos en el artículo 57 del Código Penal, el Secretario judicial asegurará la comunicación a la víctima de los actos procesales que puedan afectar a su seguridad.»

Dos. Se introduce un nuevo artículo 109 bis, con la siguiente redacción:

«Artículo 109 bis.

1. Las víctimas del delito que no hubieran renunciado a su derecho podrán ejercer la acción penal en cualquier momento antes del trámite de calificación del delito, si bien ello no permitirá retrotraer ni reiterar las actuaciones ya practicadas antes de su personación.

En el caso de muerte o desaparición de la víctima a consecuencia del delito, la acción penal podrá ser ejercida por su cónyuge no separado legalmente o de hecho y por los hijos de ésta o del cónyuge no separado legalmente o de hecho que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ellos; por la persona que hasta el momento de la muerte o desaparición hubiera estado unida a ella por una análoga relación de afectividad y por los hijos de ésta que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ella; por sus progenitores y parientes en línea recta o colateral

dentro del tercer grado que se encontraren bajo su guarda, personas sujetas a su tutela o curatela o que se encontraren bajo su acogimiento familiar.

En caso de no existir los anteriores, podrá ser ejercida por los demás parientes en línea recta y por sus hermanos, con preferencia, entre ellos, del que ostentara la representación legal de la víctima.

2. El ejercicio de la acción penal por alguna de las personas legitimadas conforme a este artículo no impide su ejercicio posterior por cualquier otro de los legitimados. Cuando exista una pluralidad de víctimas, todas ellas podrán personarse independientemente con su propia representación. Sin embargo, en estos casos, cuando pueda verse afectado el buen orden del proceso o el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, el Juez o Tribunal, en resolución motivada y tras oír a todas las partes, podrá imponer que se agrupen en una o varias representaciones y que sean dirigidos por la misma o varias defensas, en razón de sus respectivos intereses.

3. La acción penal también podrá ser ejercitada por las asociaciones de víctimas y por las personas jurídicas a las que la ley reconoce legitimación para defender los derechos de las víctimas, siempre que ello fuera autorizado por la víctima del delito.

Cuando el delito o falta cometida tenga por finalidad impedir u obstaculizar a los miembros de las corporaciones locales el ejercicio de sus funciones públicas, podrá también personarse en la causa la Administración local en cuyo territorio se hubiere cometido el hecho punible.»

Tres. Se modifica el artículo 110, que queda redactado como sigue:

«Artículo 110.

Los perjudicados por un delito o falta que no hubieren renunciado a su derecho podrán mostrarse parte en la causa si lo hicieran antes del trámite de calificación del delito y ejercitar las acciones civiles que procedan, según les conviniere, sin que por ello se retroceda en el curso de las actuaciones.

Aun cuando los perjudicados no se muestren parte en la causa, no por esto se entiende que renuncian al derecho de restitución, reparación o indemnización que a su favor puede acordarse en sentencia firme, siendo necesario que la renuncia de este derecho se haga en su caso de una manera clara y terminante.»

Cuatro. Se modifica el artículo 261, que queda redactado como sigue:

«Artículo 261.

Tampoco estarán obligados a denunciar:

1.º El cónyuge del delincuente no separado legalmente o de hecho o la persona que conviva con él en análoga relación de afectividad.

2.º Los ascendientes y descendientes del delincuente y sus parientes colaterales hasta el segundo grado inclusive.»

Cinco. Se modifica el artículo 281, que queda redactado como sigue:

«Artículo 281.

Quedan exentos de cumplir lo dispuesto en el artículo anterior:

1.º El ofendido y sus herederos o representantes legales.

2.º En los delitos de asesinato o de homicidio, el cónyuge del difunto o persona vinculada a él por una análoga relación de afectividad, los ascendientes y descendientes y sus parientes colaterales hasta el segundo grado inclusive, los herederos de la víctima y los padres, madres e hijos del delincuente.

3.º Las asociaciones de víctimas y las personas jurídicas a las que la ley reconoce legitimación para defender los derechos de las víctimas siempre que el ejercicio de la acción penal hubiera sido expresamente autorizado por la propia víctima.

La exención de fianza no es aplicable a los extranjeros si no les correspondiere en virtud de tratados internacionales o por el principio de reciprocidad.»

Seis. Se modifica el párrafo primero del artículo 282, que queda redactado como sigue:

«La Policía Judicial tiene por objeto y será obligación de todos los que la componen, averiguar los delitos públicos que se cometieren en su territorio o demarcación; practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes, y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial. Cuando las víctimas entren en contacto con la Policía Judicial, cumplirá con los deberes de información que prevé la legislación vigente. Asimismo, llevarán a cabo una valoración de las circunstancias particulares de las víctimas para determinar provisionalmente qué medidas de protección deben ser adoptadas para garantizarles una protección adecuada, sin perjuicio de la decisión final que corresponderá adoptar al Juez o Tribunal.»

Siete. Se modifica el artículo 284, que queda redactado como sigue:

«Artículo 284.

Inmediatamente que los funcionarios de Policía Judicial tuvieren conocimiento de un delito público o fueren requeridos para prevenir la instrucción de diligencias por razón de algún delito privado, lo participarán a la autoridad judicial o al representante del Ministerio Fiscal, si pudieren hacerlo sin cesar en la práctica de las diligencias de prevención. En otro caso, lo harán así que las hubieren terminado.

Si hubieran recogido armas, instrumentos o efectos de cualquier clase que pudieran tener relación con el delito y se hallen en el lugar en que éste se cometió o en sus inmediaciones, o en poder del reo o en otra parte conocida, extenderán diligencia expresiva del lugar, tiempo y ocasión en que se encontraren, que incluirá una descripción minuciosa para que se pueda formar idea cabal de los mismos y de las circunstancias de su hallazgo, que podrá ser sustituida por un reportaje gráfico. La diligencia será firmada por la persona en cuyo poder fueren hallados.

La incautación de efectos que pudieran pertenecer a una víctima del delito será comunicada a la misma.

La persona afectada por la incautación podrá recurrir en cualquier momento la medida ante el Juez de Instrucción de conformidad con lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 334.»

Ocho. Se modifica el artículo 301, que queda redactado como sigue:

«Artículo 301.

Las diligencias del sumario serán reservadas y no tendrán carácter público hasta que se abra el juicio oral, con las excepciones determinadas en la presente Ley.

El abogado o procurador de cualquiera de las partes que revelare indebidamente el contenido del sumario, será corregido con multa de 500 a 10.000 euros.

En la misma multa incurrirá cualquier otra persona que no siendo funcionario público cometa la misma falta.

El funcionario público, en el caso de los párrafos anteriores, incurrirá en la responsabilidad que el Código Penal señale en su lugar respectivo.»

Nueve. Se introduce un nuevo artículo 301 bis, con la siguiente redacción:

«Artículo 301 bis.

El Juez podrá acordar, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de la víctima, la adopción de cualquiera de las medidas a que se refiere el apartado 2 del artículo 681 cuando resulte necesario para proteger la intimidad de la víctima o el respeto debido a la misma o a su familia.»

Diez. Se introducen dos nuevos párrafos tercero y cuarto al artículo 334, con la siguiente redacción:

«La persona afectada por la incautación podrá recurrir en cualquier momento la medida ante el Juez de Instrucción. Este recurso no requerirá de la intervención de abogado cuando sea presentado por terceras personas diferentes del imputado. El recurso se entenderá interpuesto cuando la persona afectada por la medida o un familiar suyo mayor de edad hubieran expresado su disconformidad en el momento de la misma.

Los efectos que pertenecieran a la víctima del delito serán restituidos inmediatamente a la misma, salvo que excepcionalmente debieran ser conservados como medio de prueba o para la práctica de otras diligencias, y sin perjuicio de su restitución tan pronto resulte posible. Los efectos serán también restituidos inmediatamente cuando deban ser conservados como medio de prueba o para la práctica de otras diligencias, pero su conservación pueda garantizarse imponiendo al propietario el deber de mantenerlos a disposición del Juez o Tribunal. La víctima podrá, en todo caso, recurrir esta decisión conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior.»

Once. Se modifica el artículo 433, que queda redactado como sigue:

«Artículo 433.

Al presentarse a declarar, los testigos entregarán al secretario la copia de la cédula de citación.

Los testigos mayores de edad penal prestarán juramento o promesa de decir todo lo que supieren respecto a lo que les fuere preguntado, estando el Juez obligado a informarles, en un lenguaje claro y comprensible, de la obligación que tienen de ser veraces y de la posibilidad de incurrir en un delito de falso testimonio en causa criminal.

Los testigos que, de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto de la Víctima del Delito, tengan la condición de víctimas del delito, podrán hacerse acompañar por su representante legal y por una persona de su elección durante la práctica de estas

diligencias, salvo que en este último caso, motivadamente, se resuelva lo contrario por el Juez de Instrucción para garantizar el correcto desarrollo de la misma.

En el caso de los testigos menores de edad o personas con la capacidad judicialmente modificada, el Juez de Instrucción podrá acordar, cuando a la vista de la falta de madurez de la víctima resulte necesario para evitar causarles graves perjuicios, que se les tome declaración mediante la intervención de expertos y con intervención del Ministerio Fiscal. Con esta finalidad, podrá acordarse también que las preguntas se trasladen a la víctima directamente por los expertos o, incluso, excluir o limitar la presencia de las partes en el lugar de la exploración de la víctima. En estos casos, el Juez dispondrá lo necesario para facilitar a las partes la posibilidad de trasladar preguntas o de pedir aclaraciones a la víctima, siempre que ello resulte posible.

El Juez ordenará la grabación de la declaración por medios audiovisuales.»

Doce. Se modifica el artículo 448, que queda redactado como sigue:

«Artículo 448.

Si el testigo manifestare, al hacerle la prevención referida en el artículo 446, la imposibilidad de concurrir por haber de ausentarse del territorio nacional, y también en el caso en que hubiere motivo racionalmente bastante para temer su muerte o incapacidad física o intelectual antes de la apertura del juicio oral, el Juez instructor mandará practicar inmediatamente la declaración, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes. Para ello, el Secretario judicial hará saber al reo que nombre abogado en el término de veinticuatro horas, si aún no lo tuviere, o de lo contrario, que se le nombrará de oficio, para que le aconseje en el acto de recibir la declaración del testigo. Transcurrido dicho término, el Juez recibirá juramento y volverá a examinar a éste, a presencia del procesado y de su abogado defensor y a presencia, asimismo, del Fiscal y del querellante, si quisieren asistir al acto, permitiendo a éstos hacerle cuantas repreguntas tengan por conveniente, excepto las que el Juez desestime como manifiestamente impertinentes.

Por el Secretario judicial se consignarán las contestaciones a estas preguntas, y esta diligencia será firmada por todos los asistentes.

La declaración de los testigos menores de edad y de las personas con capacidad judicialmente modificada podrá llevarse a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba.»

Trece. Se modifica el apartado 7 del artículo 544 ter, que queda redactado como sigue:

«7. Las medidas de naturaleza civil deberán ser solicitadas por la víctima o su representante legal, o bien por el Ministerio Fiscal cuando existan hijos menores o personas con la capacidad judicialmente modificada, determinando su régimen de cumplimiento y, si procediera, las medidas complementarias a ellas que fueran precisas, siempre que no hubieran sido previamente acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil, y sin perjuicio de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil. Cuando existan menores o personas con capacidad judicialmente modificada que convivan con la víctima y dependan de ella, el Juez deberá pronunciarse en todo caso, incluso de oficio, sobre la pertinencia de la adopción de las referidas medidas.

Estas medidas podrán consistir en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, determinar el régimen de guarda y custodia, visitas, comunicación y estancia con los menores o personas con la capacidad judicialmente modificada, el régimen de prestación de alimentos, así como cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartarles de un peligro o de evitarles perjuicios.

Las medidas de carácter civil contenidas en la orden de protección tendrán una vigencia temporal de 30 días. Si dentro de este plazo fuese incoado a instancia de la víctima o de su representante legal un proceso de familia ante la jurisdicción civil, las medidas adoptadas permanecerán en vigor durante los treinta días siguientes a la presentación de la demanda. En este término las medidas deberán ser ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por el Juez de primera instancia que resulte competente.»

Catorce. Se introduce un nuevo artículo 544 quinquies con la siguiente redacción:

«Artículo 544 quinquies.

1. En los casos en los que se investigue un delito de los mencionados en el artículo 57 del Código Penal, el Juez o Tribunal, cuando resulte necesario al fin de protección de la víctima menor de edad o con la capacidad judicialmente modificada, en su caso, adoptará motivadamente alguna de las siguientes medidas:

a) Suspender la patria potestad de alguno de los progenitores. En este caso podrá fijar un régimen de visitas o comunicación en interés del menor o persona con capacidad judicialmente modificada y, en su caso, las condiciones y garantías con que debe desarrollarse.

b) Suspender la tutela, curatela, guarda o acogimiento.

c) Establecer un régimen de supervisión del ejercicio de la patria potestad, tutela o de cualquier otra función tutelar o de protección o apoyo sobre el menor o persona con la capacidad judicialmente modificada, sin perjuicio de las competencias propias del Ministerio Fiscal y de las entidades públicas competentes.

d) Suspender o modificar el régimen de visitas o comunicación con el no conviviente o con otro familiar que se encontrara en vigor, cuando resulte necesario para garantizar la protección del menor o de la persona con capacidad judicialmente modificada.

2. Cuando en el desarrollo del proceso se ponga de manifiesto la existencia de una situación de riesgo o posible desamparo de un menor y, en todo caso, cuando fueran adoptadas algunas de las medidas de las letras a) o b) del apartado anterior, el Secretario judicial lo comunicará inmediatamente a la entidad pública competente que tenga legalmente encomendada la protección de los menores, así como al Ministerio Fiscal, a fin de que puedan adoptar las medidas de protección que resulten necesarias. A los mismos efectos se les notificará su alzamiento o cualquier otra modificación, así como la resolución a la que se refiere el apartado 3.

3. Una vez concluido el procedimiento, el Juez o Tribunal, valorando exclusivamente el interés de la persona afectada, ratificará o alzará las medidas de protección que hubieran sido adoptadas. El Ministerio Fiscal y las partes afectadas por la medida podrán solicitar al Juez su modificación o alzamiento conforme al procedimiento previsto en el artículo 770 Ley de Enjuiciamiento Civil.»

Quince. Se modifica el artículo 636, que queda redactado como sigue:

«Artículo 636.

Contra los autos de sobreseimiento sólo procederá, en su caso, el recurso de casación.

El auto de sobreseimiento se comunicará a las víctimas del delito, en la dirección de correo electrónico y, en su defecto, por correo ordinario a la dirección postal o domicilio que hubieran designado en la solicitud prevista en el artículo 5.1.m) de la Ley del Estatuto de la Víctima del delito.

En los casos de muerte o desaparición ocasionada por un delito, el auto de sobreseimiento será comunicado de igual forma a las personas a las que se refiere el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 109 bis, de cuya identidad y dirección de correo electrónico o postal se tuviera conocimiento. En estos supuestos el Juez o Tribunal, podrá acordar, motivadamente, prescindir de la comunicación a todos los familiares cuando ya se haya dirigido con éxito a varios de ellos o cuando hayan resultado infructuosas cuantas gestiones se hubieren practicado para su localización.

Excepcionalmente, en el caso de ciudadanos residentes fuera de la Unión Europea, si no se dispusiera de una dirección de correo electrónico o postal en la que realizar la comunicación, se remitirá a la oficina diplomática o consular española en el país de residencia para que la publique.

Transcurridos cinco días desde la comunicación, se entenderá que ha sido efectuada válidamente y desplegará todos sus efectos, iniciándose el cómputo del plazo de interposición del recurso. Se exceptuarán de este régimen aquellos supuestos en los que la víctima acredite justa causa de la imposibilidad de acceso al contenido de la comunicación.

Las víctimas podrán recurrir el auto de sobreseimiento dentro del plazo de veinte días aun que no se hubieran mostrado como parte en la causa.»

Dieciséis. Se modifica el artículo 680, que queda redactado como sigue:

«Artículo 680.

Los debates del juicio oral serán públicos, bajo pena de nulidad, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente.»

Diecisiete. Se modifica el artículo 681, que queda redactado como sigue:

«Artículo 681.

1. El Juez o Tribunal podrá acordar, de oficio o a instancia de cualquiera de las partes, previa audiencia a las mismas, que todos o alguno de los actos o las sesiones del juicio se celebren a puerta cerrada, cuando así lo exijan razones de seguridad u orden público, o la adecuada protección de los derechos fundamentales de los intervinientes, en particular, el derecho a la intimidad de la víctima, el respeto debido a la misma o a su familia, o resulte necesario para evitar a las víctimas perjuicios relevantes que, de otro modo, podrían derivar del desarrollo ordinario del proceso. Sin embargo, el Juez o el Presidente del Tribunal podrán autorizar la presencia de personas que acrediten un especial interés en la causa. La anterior restricción, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 707, no será aplicable al Ministerio Fiscal, a las personas lesionadas por el delito, a los procesados, al acusador privado, al actor civil y a los respectivos defensores.

2. Asimismo, podrá acordar la adopción de las siguientes medidas para la protección de la intimidad de la víctima y de sus familiares:

a) Prohibir la divulgación o publicación de información relativa a la identidad de la víctima, de datos que puedan facilitar su identificación de forma directa o indirecta, o de aquellas circunstancias personales que hubieran sido valoradas para resolver sobre sus necesidades de protección.

b) Prohibir la obtención, divulgación o publicación de imágenes de la víctima o de sus familiares.

3. Queda prohibida, en todo caso, la divulgación o publicación de información relativa a la identidad de víctimas menores de edad o víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección, de datos que puedan facilitar su identificación de forma directa o indirecta, o de aquellas circunstancias personales que hubieran sido valoradas para resolver sobre sus necesidades de protección, así como la obtención, divulgación o publicación de imágenes suyas o de sus familiares.»

Dieciocho. Se modifica el artículo 682, que queda redactado como sigue:

«Artículo 682.

El Juez o Tribunal, previa audiencia de las partes, podrá restringir la presencia de los medios de comunicación audiovisuales en las sesiones del juicio y prohibir que se graben todas o alguna de las audiencias cuando resulte imprescindible para preservar el orden de las sesiones y los derechos fundamentales de las partes y de los demás intervinientes, especialmente el derecho a la intimidad de las víctimas, el respeto debido a la misma o a su familia, o la necesidad de evitar a las víctimas perjuicios relevantes que, de otro modo, podrían derivar del desarrollo ordinario del proceso. A estos efectos, podrá:

a) Prohibir que se grabe el sonido o la imagen en la práctica de determinadas pruebas, o determinar qué diligencias o actuaciones pueden ser grabadas y difundidas.

b) Prohibir que se tomen y difundan imágenes de alguna o algunas de las personas que en él intervengan.

c) Prohibir que se facilite la identidad de las víctimas, de los testigos o peritos o de cualquier otra persona que intervenga en el juicio.»

Diecinueve. Se modifica el artículo 707, que queda redactado como sigue:

«Artículo 707.

Todos los testigos están obligados a declarar lo que supieren sobre lo que les fuere preguntado, con excepción de las personas expresadas en los artículos 416, 417 y 418, en sus respectivos casos.

La declaración de los testigos menores de edad o con discapacidad necesitados de especial protección, se llevará a cabo, cuando resulte necesario para impedir o reducir los perjuicios que para ellos puedan derivar del desarrollo del proceso o de la práctica de la diligencia, evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado. Con este fin podrá ser utilizado cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba, incluyéndose la posibilidad de que los testigos puedan ser oídos sin estar presentes en la sala mediante la utilización de tecnologías de la comunicación.

Estas medidas serán igualmente aplicables a las declaraciones de las víctimas cuando de su evaluación inicial o posterior derive la necesidad de estas medidas de protección.»

Veinte. Se modifica el artículo 709, que queda redactado como sigue:

«Artículo 709.

El Presidente no permitirá que el testigo conteste a preguntas o repreguntas capciosas, sugestivas o impertinentes.

El Presidente podrá adoptar medidas para evitar que se formulen a la víctima preguntas innecesarias relativas a la vida privada que no tengan relevancia para el hecho delictivo enjuiciado, salvo que el Juez o Tribunal consideren excepcionalmente que deben ser contestadas para valorar adecuadamente los hechos o la credibilidad de la declaración de la víctima. Si esas preguntas fueran formuladas, el Presidente no permitirá que sean contestadas.

Contra la resolución que sobre este extremo adopte podrá interponerse en su día el recurso de casación, si se hiciere en el acto la correspondiente protesta.

En este caso, constará en el acta la pregunta o repregunta a que el Presidente haya prohibido contestar.»

Veintiuno. Se modifica el artículo 730, que queda redactado como sigue:

«Artículo 730.

Podrán también leerse o reproducirse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral, y las declaraciones recibidas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 448 durante la fase de investigación a las víctimas menores de edad y a las víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección.»

Veintidós. Se modifica el apartado 2 del artículo 773, que queda redactado como sigue:

«2. Cuando el Ministerio Fiscal tenga noticia de un hecho aparentemente delictivo, bien directamente o por serle presentada una denuncia o atestado, informará a la víctima de los derechos recogidos en la legislación vigente; efectuará la evaluación y resolución provisionales de las necesidades de la víctima de conformidad con lo dispuesto en la legislación vigente y practicará él mismo u ordenará a la Policía Judicial que practique las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho o de la responsabilidad de los partícipes en el mismo. El Fiscal decretará el archivo de las actuaciones cuando el hecho no revista los caracteres de delito, comunicándolo con expresión de esta circunstancia a quien hubiere alegado ser perjudicado u ofendido, a fin de que pueda reiterar su denuncia ante el Juez de Instrucción. En otro caso instará del Juez de Instrucción la incoación del procedimiento que corresponda con remisión de lo actuado, poniendo a su disposición al detenido, si lo hubiere, y los efectos del delito.

El Ministerio Fiscal podrá hacer comparecer ante sí a cualquier persona en los términos establecidos en la ley para la citación judicial, a fin de recibirle declaración, en la cual se observarán las mismas garantías señaladas en esta Ley para la prestada ante el Juez o Tribunal.

Cesará el Fiscal en sus diligencias tan pronto como tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento judicial sobre los mismos hechos.»

Veintitrés. Se modifica la regla 1.^a del apartado 1 del artículo 779, que queda redactada como sigue:

«1.^a Si estimare que el hecho no es constitutivo de infracción penal o que no aparece suficientemente justificada su perpetración, acordará el sobreseimiento que corresponda. Si, aun estimando que el hecho puede ser constitutivo de delito, no hubiere autor conocido, acordará el sobreseimiento provisional y ordenará el archivo.

El auto de sobreseimiento será comunicado a las víctimas del delito, en la dirección de correo electrónico y, en su defecto, dirección postal o domicilio que hubieran designado en la solicitud prevista en el artículo 5.1.m) de la Ley del Estatuto de la Víctima del delito.

En los casos de muerte o desaparición ocasionada por un delito, el auto de sobreseimiento será comunicado de igual forma, a las personas a las que se refiere el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 109 bis, de cuya identidad y dirección de correo electrónico o postal se tuviera conocimiento. En estos supuestos el Juez o Tribunal, podrá acordar, motivadamente, prescindir de la comunicación a todos los familiares cuando ya se haya dirigido con éxito a varios de ellos o cuando hayan resultado infructuosas cuantas gestiones se hubieren practicado para su localización.

Excepcionalmente, en el caso de ciudadanos residentes fuera de la Unión Europea, si no se dispusiera de una dirección de correo electrónico o postal en la que realizar la comunicación, se remitirá a la oficina diplomática o consular española en el país de residencia para que la publique.

Transcurridos cinco días desde la comunicación, se entenderá que ha sido efectuada válidamente y desplegará todos sus efectos. Se exceptuarán de este régimen aquellos supuestos en los que la víctima acredite justa causa de la imposibilidad de acceso al contenido de la comunicación.

Las víctimas podrán recurrir el auto de sobreseimiento dentro del plazo de veinte días aunque no se hubieran mostrado como parte en la causa.»

Veinticuatro. Se modifica el apartado 3 del artículo 785, que queda redactado como sigue:

«3. Cuando la víctima lo haya solicitado, aunque no sea parte en el proceso ni deba intervenir, el Secretario judicial deberá informarle, por escrito y sin retrasos innecesarios, de la fecha, hora y lugar del juicio, así como del contenido de la acusación dirigida contra el infractor.»

Veinticinco. Se modifica el apartado 2 del artículo 791, que queda redactado como sigue:

«2. El Secretario judicial señalará la vista dentro de los quince días siguientes y a ella serán citadas todas las partes. Cuando la víctima lo haya solicitado, será informada por el Secretario judicial, aunque no se haya mostrado parte ni sea necesaria su intervención.

La vista se celebrará empezando, en su caso, por la práctica de la prueba y por la reproducción de las grabaciones si hay lugar a ella. A continuación, las partes resumirán oralmente el resultado de la misma y el fundamento de sus pretensiones.»

Disposición final segunda. Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Se modifica el apartado 2 del artículo 126 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que queda redactado como sigue:

«2. Cuando el delito hubiere sido de los que sólo pueden perseguirse a instancia de parte, se satisfarán las costas del acusador privado con preferencia a la indemnización del Estado. Tendrá la misma preferencia el pago de las costas procesales causadas a la víctima en los supuestos a que se refiere el artículo 14 de la Ley del Estatuto de la Víctima del Delito.»

Disposición final tercera. Título competencial.

Esta Ley se dicta al amparo de la competencia exclusiva en materia de legislación penal y procesal atribuida al Estado por el artículo 149.1.6.^a de la Constitución Española. Se exceptúa de lo anterior el Título IV, que se dicta al amparo de la competencia exclusiva en materia de Administración de Justicia atribuida al Estado por el artículo 149.1.5.^a de la Constitución Española, así como lo dispuesto en el Título I, que se dicta al amparo de la competencia exclusiva en materia de regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, atribuida al Estado por el artículo 149.1.1.^a de la Constitución Española.

Disposición final cuarta. Habilitación al Gobierno para el desarrollo reglamentario.

Se habilita al Gobierno para que apruebe las disposiciones reglamentarias precisas para el desarrollo de lo dispuesto en la presente Ley.

Disposición final quinta. Adaptación de los Estatutos Generales de la Abogacía y de la Procuraduría.

Los Colegios y Consejos Generales de Abogados y Procuradores adoptarán las medidas necesarias para adaptar sus respectivos Estatutos a lo establecido en el apartado 2 del artículo 8 de la presente Ley, en un plazo máximo de un año desde su entrada en vigor.

Disposición final sexta. Entrada en vigor.

La presente Ley entrará en vigor a los seis meses de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Por tanto,

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta ley.

Madrid, 27 de abril de 2015.

Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, por la que se modifican la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial,

para transponer la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales y la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales²

FELIPE VI

REY DE ESPAÑA

A todos los que la presente vieren y entendieren.

Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente ley orgánica:

PREÁMBULO

I

La presente Ley tiene por objeto la transposición a nuestro ordenamiento interno de la Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales y la Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales.

La transposición de estas Directivas, que desarrollan dos aspectos esenciales de la defensa en el proceso penal, exige la modificación parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y conlleva un importante refuerzo de las garantías del proceso penal, mediante una regulación detallada del derecho a la traducción e interpretación en este proceso y del derecho del imputado a ser informado sobre el objeto del proceso penal de modo que permita un eficaz ejercicio del derecho a la defensa.

II

En cuanto al contenido y estructura de la Ley, consta de tres artículos, dos disposiciones adicionales, una disposición derogatoria y cuatro disposiciones finales.

La estructura de los dos primeros artículos, que contienen modificaciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, responde a la distinción en la transposición de cada una de las Directivas, por el orden cronológico de las mismas.

En el artículo primero, que se encuentra dividido en nueve apartados, se efectúa la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para proceder a la transposición de la

² Esta ley orgánica ha sido publicada en el Boletín Oficial del Estado con fecha de 28 de mayo de y entró complementamente en vigor el 28 de octubre de 2015. Pueden consultarse: (i) el texto consolidado de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a la que afectan esta y otras reformas, [aquí](#); (ii) el texto consolidado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a la que afecta esta reforma, [aquí](#).

Directiva 2010/64/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales.

En el artículo segundo, dividido en cinco apartados, se modifica la Ley de Enjuiciamiento Criminal para incorporar a nuestro derecho interno la Directiva 2012/13/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo, relativa al derecho a la información en los procesos penales.

III

El derecho a traducción e interpretación para aquellas personas que no hablan o no entienden la lengua del procedimiento y las personas con discapacidad auditiva y sordociegas, se consagra en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, según la interpretación efectuada por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Las modificaciones introducidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal facilitarán la aplicación de este derecho, garantizando el derecho del imputado o acusado a la interpretación y traducción en los procesos penales, así como el derecho a un juicio equitativo.

El derecho del imputado o acusado a ser asistido por un intérprete se extiende a todas las actuaciones en las que sea necesaria su presencia, incluyendo el interrogatorio policial o por el Ministerio Fiscal y todas las vistas judiciales. A fin de preparar la defensa, también tendrá derecho a servirse de un intérprete en las comunicaciones con su Abogado que guardan relación directa con cualquier interrogatorio o vista judicial durante el proceso, o con la presentación de un recurso u otras solicitudes procesales.

El derecho a interpretación o traducción requiere además que se le facilite la traducción de los documentos esenciales, o al menos los pasajes pertinentes de dichos documentos. Tal y como se indica en la Directiva 2010/64/UE, determinados documentos, como son las resoluciones por las que se priva a una persona de su libertad, los escritos de acusación o las sentencias, se consideran siempre documentos esenciales, por lo que se han recogido expresamente en la letra d) del apartado 1 del nuevo artículo 123 que se introduce en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La nueva regulación recoge que la traducción deberá hacerse en un plazo razonable, en consonancia con las exigencias del artículo 3 de la Directiva europea, y se posibilita el uso de las nuevas tecnologías para efectuar la interpretación, salvo que la presencia física del intérprete resulte necesaria para salvaguardar los derechos del imputado o acusado.

También se garantiza el derecho a recurrir la decisión por la que se deniegue el derecho a la interpretación o a la traducción, mediante la obligatoriedad de documentar por escrito la decisión judicial, así como la posibilidad de hacer constar en acta la protesta durante el juicio oral, lo que permitirá la interposición de los recursos correspondientes.

Los intérpretes o traductores judiciales serán designados entre aquellos incluidos en los listados elaborados por la Administración, facilitándose en casos de urgencia que otra persona conocedora del idioma, que se estime capacitada para esta tarea, pueda ser

habilitada como intérprete o traductor eventual. Todo este sistema se refuerza mediante la habilitación al Juez o al Ministerio Fiscal para realizar las comprobaciones necesarias en aquellos casos en los que aprecie que la traducción o interpretación no ofrecen las garantías suficientes.

IV

El derecho a la información de las personas detenidas y de los imputados o acusados en el proceso penal se fundamenta en lo dispuesto en los artículos 5 y 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, según la interpretación efectuada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Las modificaciones introducidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal facilitarán la aplicación de este derecho, garantizando el derecho a la libertad y el derecho a un juicio equitativo. En el caso de las personas sordas usuarias de la lengua de signos, la Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas, establece en sus artículos 12.2 y 21.2 que dentro de la Administración de Justicia y Penitenciaria se promoverán las condiciones adecuadas, tales como formación y disponibilidad de servicios de intérprete de lengua de signos española y/o en las lenguas de signos propias de las Comunidades Autónomas si las hubiera, así como la formación y disponibilidad de medios de apoyo a la comunicación oral.

Por esta razón, se modifica el actual artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el que se regula el derecho de defensa, señalándose de forma clara y precisa que toda persona a la que se impute un acto punible tendrá derecho a ser informada de los hechos que se le imputan, así como de cualquier cambio relevante en el objeto de la investigación y en los hechos imputados; del derecho a examinar las actuaciones con la debida antelación para salvaguardar el derecho de defensa; del derecho a designar libremente Abogado; del derecho a solicitar asistencia jurídica gratuita, procedimiento para hacerlo y condiciones para obtenerla; del derecho a la traducción e interpretación gratuitas; del derecho a guardar silencio y a no prestar declaración si no desea hacerlo y del derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.

El derecho a la información de los detenidos o presos se regula en el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Este precepto ya recoge la mayor parte de derechos a los que hace referencia la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo, relativa al derecho a la información en los procesos penales. Ahora bien, resultaba necesario completar el catálogo de derechos para adaptarlo a los postulados de la normativa europea, haciendo mención expresa, entre otros, al derecho de acceso a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad, y al derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete, así como a la información del plazo máximo legal de duración de la detención hasta la puesta a disposición de la autoridad judicial y del procedimiento por medio del cual puede impugnar la legalidad de su detención.

Especial mención merece el derecho de acceso al expediente. Cuando se trata de imputados, se ha considerado conveniente su incorporación en el artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en su artículo 302 se han recogido las excepciones a este derecho. Como se ha anticipado, en los casos del detenido o privado de libertad, el derecho de acceso se ha recogido en el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y su alcance se limita, por exigencia de la normativa europea, a aquellos elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad. Se trata de proporcionar, con anterioridad a la interposición del recurso, únicamente aquella información que sea fundamental para que sea posible valorar la legalidad de la detención o privación de libertad.

En cuanto a la forma en la que la información ha de ser suministrada, una adecuada garantía de los derechos recogidos en los artículos 5 y 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos exige que sea proporcionada en un lenguaje accesible, adaptado a la edad, grado de madurez, discapacidad o cualquier otra circunstancia personal del imputado o detenido. Además, en los casos de los detenidos o presos, la información de los derechos que le asisten deberá efectuarse siempre por escrito.

También el momento en el que se suministra la información constituye un mecanismo de garantía de los derechos citados. Así, los imputados deberán recibirla sin demora injustificada y, en los casos de los detenidos o presos, la información deberá ser suministrada de forma inmediata.

V

Con el objeto de adaptar la habilitación para actuar como intérprete en el juicio oral, se modifica el apartado 5 del artículo 231 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, introduciendo una remisión a la normativa reguladora de cada proceso.

VI

Con las modificaciones normativas operadas se asegurará un nivel uniforme de protección de los derechos procesales en los diversos países de la Unión Europea y, con ello, se reforzará la confianza entre los Estados Miembros de la Unión Europea, que resulta imprescindible para potenciar los instrumentos de reconocimiento mutuo que, de forma creciente, se están convirtiendo en una herramienta esencial de cooperación.

Esta Ley se convierte, por lo tanto, en un instrumento de mejora global de nuestro proceso penal desde la perspectiva del acusado o imputado, detenido o preso, incidiendo en aspectos esenciales del derecho a la defensa.

VII

Esta Ley incide directamente en el artículo 24 de la Constitución Española, introduciendo cambios jurídicos, procesales y sustantivos que afectan al ámbito propio de las leyes orgánicas, al desarrollar derechos fundamentales y libertades públicas recogidos en este precepto constitucional.

VIII

La Ley incorpora una disposición final que se refiere a la creación de un Registro de traductores e intérpretes judiciales, como mecanismo necesario para garantizar la adecuada realización de esta tarea, que es fundamental para el desarrollo de los procesos, por parte de estos profesionales. Se trata de una actuación derivada también del contenido de la Directiva 2010/64/UE, sobre el derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales. Las normas de funcionamiento de este Registro de traductores e intérpretes judiciales, que se creará mediante Ley, serán establecidas reglamentariamente.

Artículo primero. Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para la transposición de la Directiva 2010/64/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal queda modificada en los siguientes términos:

Uno. Se modifica la rúbrica del Título V del Libro Primero, que queda redactada del siguiente modo:

«Del derecho a la defensa, a la asistencia jurídica gratuita y a la traducción e interpretación en los juicios criminales.»

Dos. Se introduce en el Título V del Libro Primero un nuevo Capítulo I, en el que quedan incluidos los vigentes artículos 118 a 122, con la siguiente rúbrica:

«Del derecho a la defensa y a la asistencia jurídica gratuita.»

Tres. Se introduce en el Título V del Libro Primero un nuevo Capítulo II, integrado por los nuevos artículos 123 a 127, con la siguiente rúbrica:

«Del derecho a la traducción e interpretación.»

Cuatro. Se introduce un nuevo artículo 123, con la siguiente redacción:

«Artículo 123.

1. Los imputados o acusados que no hablen o entiendan el castellano o la lengua oficial en la que se desarrolle la actuación tendrán los siguientes derechos:

a) Derecho a ser asistidos por un intérprete que utilice una lengua que comprenda durante todas las actuaciones en que sea necesaria su presencia, incluyendo el interrogatorio policial o por el Ministerio Fiscal y todas las vistas judiciales.

b) Derecho a servirse de intérprete en las conversaciones que mantenga con su Abogado y que tengan relación directa con su posterior interrogatorio o toma de declaración, o que resulten necesarias para la presentación de un recurso o para otras solicitudes procesales.

c) Derecho a la interpretación de todas las actuaciones del juicio oral.

d) Derecho a la traducción escrita de los documentos que resulten esenciales para garantizar el ejercicio del derecho a la defensa. Deberán ser traducidos, en todo caso, las resoluciones que acuerden la prisión del imputado, el escrito de acusación y la sentencia.

e) Derecho a presentar una solicitud motivada para que se considere esencial un documento.

Los gastos de traducción e interpretación derivados del ejercicio de estos derechos serán sufragados por la Administración, con independencia del resultado del proceso.

2. En el caso de que no pueda disponerse del servicio de interpretación simultánea, la interpretación de las actuaciones del juicio oral a que se refiere la letra c) del apartado anterior se realizará mediante una interpretación consecutiva de modo que se garantice suficientemente la defensa del imputado o acusado.

3. En el caso de la letra d) del apartado 1, podrá prescindirse de la traducción de los pasajes de los documentos esenciales que, a criterio del Juez, Tribunal o funcionario competente, no resulten necesarios para que el imputado o acusado conozca los hechos que se le imputan.

Excepcionalmente, la traducción escrita de documentos podrá ser sustituida por un resumen oral de su contenido en una lengua que comprenda, cuando de este modo también se garantice suficientemente la defensa del imputado o acusado.

4. La traducción se deberá llevar a cabo en un plazo razonable y desde que se acuerde por parte del Tribunal o Juez o del Ministerio Fiscal quedarán en suspenso los plazos procesales que sean de aplicación.

5. La asistencia del intérprete se podrá prestar por medio de videoconferencia o cualquier medio de telecomunicación, salvo que el Tribunal o Juez o el Fiscal, de oficio o a instancia del interesado o de su defensa, acuerde la presencia física del intérprete para salvaguardar los derechos del imputado o acusado.

6. Las interpretaciones orales o en lengua de signos, con excepción de las previstas en la letra b) del apartado 1, podrán ser documentadas mediante la grabación audiovisual de la manifestación original y de la interpretación. En los casos de traducción oral o en lengua de signos del contenido de un documento, se unirá al acta copia del documento traducido y la grabación audiovisual de la traducción. Si no se dispusiera de equipos de grabación, o no se estimare conveniente ni necesario, la traducción o interpretación y, en su caso, la declaración original, se documentarán por escrito.»

Cinco. Se introduce un nuevo artículo 124, con la siguiente redacción:

«Artículo 124.

1. El traductor o intérprete judicial será designado de entre aquellos que se hallen incluidos en los listados elaborados por la Administración competente. Excepcionalmente, en aquellos supuestos que requieran la presencia urgente de un traductor o de un intérprete, y no sea posible la intervención de un traductor o intérprete judicial inscrito en las listas elaboradas por la Administración, en su caso, conforme a lo dispuesto en el apartado 5 del artículo anterior, se podrá habilitar como intérprete o traductor judicial eventual a otra persona conocedora del idioma empleado que se estime capacitado para el desempeño de dicha tarea.

2. El intérprete o traductor designado deberá respetar el carácter confidencial del servicio prestado.

3. Cuando el Tribunal, el Juez o el Ministerio Fiscal, de oficio o a instancia de parte, aprecie que la traducción o interpretación no ofrecen garantías suficientes de exactitud, podrá ordenar la realización de las comprobaciones necesarias y, en su caso, ordenar la designación de un nuevo traductor o intérprete. En este sentido, las personas sordas o con

discapacidad auditiva que aprecien que la interpretación no ofrece garantías suficientes de exactitud, podrán solicitar la designación de un nuevo intérprete.»

Seis. Se introduce un nuevo artículo 125, con la siguiente redacción:

«Artículo 125.

1. Cuando se pongan de manifiesto circunstancias de las que pueda derivarse la necesidad de la asistencia de un intérprete o traductor, el Presidente del Tribunal o el Juez, de oficio o a instancia del Abogado del imputado o acusado, comprobará si éste conoce y comprende suficientemente la lengua oficial en la que se desarrolle la actuación y, en su caso, ordenará que se nombre un intérprete o un traductor conforme a lo dispuesto en el artículo anterior y determinará qué documentos deben ser traducidos.

2. La decisión del Juez o Tribunal por la que se deniegue el derecho a la interpretación o a la traducción de algún documento o pasaje del mismo que la defensa considere esencial, o por la que se rechacen las quejas de la defensa con relación a la falta de calidad de la interpretación o de la traducción, será documentada por escrito.

Si la decisión hubiera sido adoptada durante el juicio oral, la defensa del imputado o acusado podrá hacer constar en el acta su protesta.

Contra estas decisiones judiciales podrá interponerse recurso de conformidad con lo dispuesto en esta Ley.»

Siete. Se introduce un nuevo artículo 126, con la siguiente redacción:

«Artículo 126.

La renuncia a los derechos a que se refiere el artículo 123 deberá ser expresa y libre, y solamente será válida si se produce después de que el imputado o acusado haya recibido un asesoramiento jurídico suficiente y accesible que le permita tener conocimiento de las consecuencias de su renuncia. En todo caso, los derechos a los que se refieren las letras a) y c) del apartado 1 del artículo 123 no podrán ser renunciados.»

Ocho. Se introduce un nuevo artículo 127, con la siguiente redacción:

«Artículo 127.

Las disposiciones contenidas en los artículos precedentes son igualmente aplicables a las personas con discapacidad sensorial, que podrán contar con medios de apoyo a la comunicación oral.»

Nueve. Se introduce un nuevo apartado 3 en el artículo 416, con la siguiente redacción:

«3. Los traductores e intérpretes de las conversaciones y comunicaciones entre el imputado, procesado o acusado y las personas a que se refiere el apartado anterior, con relación a los hechos a que estuviera referida su traducción o interpretación.»

Artículo segundo. Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la transposición de la Directiva 2012/13/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo, relativa al derecho a la información en los procesos penales.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal queda modificada en los siguientes términos:

Uno. Se modifica el artículo 118, que queda redactado como sigue:

«Artículo 118.

1. Toda persona a quien se impute un acto punible podrá ejercitar el derecho de defensa, actuando en el procedimiento cualquiera que éste sea, desde que se le comunique su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquier otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá, sin demora injustificada, de los siguientes derechos:

a) Derecho a ser informado de los hechos que se le imputan, así como de cualquier cambio relevante en el objeto de la investigación y de los hechos imputados. Esta información será facilitada con el grado de detalle suficiente para permitir un ejercicio efectivo del derecho a la defensa.

b) Derecho a examinar las actuaciones con la debida antelación para salvaguardar el derecho de defensa.

c) Derecho a designar libremente abogado, sin perjuicio de lo dispuesto en la letra a) del artículo 527.

d) Derecho a solicitar asistencia jurídica gratuita, procedimiento para hacerlo y condiciones para obtenerla.

e) Derecho a traducción e interpretación gratuitas de conformidad con lo dispuesto en los artículos 123 a 127.

f) Derecho a guardar silencio y a no prestar declaración si no desea hacerlo.

g) Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.

La información a que se refiere el párrafo anterior se facilitará en un lenguaje comprensible y que resulte accesible al imputado. A estos efectos se adaptará la información a su edad, grado de madurez, discapacidad y cualquier otra circunstancia personal de la que pueda derivar una modificación de la capacidad para entender el alcance de la información que se le facilita.

2. Para actuar en el proceso, las personas interesadas deberán ser representadas por Procurador y defendidas por Abogado, designándoseles de oficio cuando no los hubiesen nombrado por sí mismos y lo solicitaren, y en todo caso, cuando no tuvieran aptitud legal para verificarlo.

Si no hubiesen designado Procurador o Abogado, se les requerirá para que lo verifiquen o se les nombrará de oficio, si, requeridos, no los nombrasen, cuando la causa llegue a estado en que se necesite el consejo de aquéllos o haya de intentar algún recurso que hiciese indispensable su actuación.

3. La admisión de denuncia o querrela y cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito contra persona o personas determinadas, será puesta inmediatamente en conocimiento de los presuntamente responsables.»

Dos. Se modifica el artículo 302, que queda redactado como sigue:

«Artículo 302.

Las partes personadas podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento.

No obstante, si el delito fuere público, podrá el Juez de Instrucción, a propuesta del Ministerio Fiscal, de cualquiera de las partes personadas o de oficio, declararlo, mediante

auto, total o parcialmente secreto para todas las partes personadas, por tiempo no superior a un mes cuando resulte necesario para:

- a) evitar un riesgo grave para la vida, libertad o integridad física de otra persona; o
- b) prevenir una situación que pueda comprometer de forma grave el resultado de la investigación o del proceso.

El secreto del sumario deberá alzarse necesariamente con al menos diez días de antelación a la conclusión del sumario.

Lo dispuesto en este artículo se entenderá sin perjuicio de lo previsto en el párrafo segundo del apartado 3 del artículo 505.»

Tres. Se modifica el apartado 3 del artículo 505 que queda redactado como sigue:

«3. En dicha audiencia, si el Ministerio Fiscal o alguna parte acusadora solicitare que se decrete la prisión provisional del imputado o su libertad provisional con fianza, podrán quienes concurrieren realizar alegaciones y proponer los medios de prueba que puedan practicarse en el acto o dentro de las setenta y dos horas antes indicadas en el apartado anterior.

El Abogado del imputado tendrá, en todo caso, acceso a los elementos de las actuaciones que resulten esenciales para impugnar la privación de libertad del imputado.»

Cuatro. Se modifican los apartados 2, 3 y 5 del artículo 520, y se introduce un nuevo apartado 2 bis, todo ello conforme a la siguiente redacción:

«2. Toda persona detenida o presa será informada por escrito, en un lenguaje sencillo y accesible, en una lengua que comprenda y de forma inmediata, de los hechos que se le imputan y las razones motivadoras de su privación de libertad, así como de los derechos que le asisten y especialmente de los siguientes:

- a) Derecho a guardar silencio no declarando si no quiere, a no contestar alguna o algunas de las preguntas que le formulen, o a manifestar que sólo declarará ante el Juez.
- b) Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.
- c) Derecho a designar Abogado y a solicitar su presencia para que asista a las diligencias policiales y judiciales de declaración e intervenga en las diligencias de reconocimiento en rueda de que sea objeto. Si el detenido o preso no designara Abogado, se procederá a la designación de oficio.
- d) Derecho de acceso a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad.
- e) Derecho a que se ponga en conocimiento del familiar o persona que desee, el hecho de la detención y el lugar de custodia en que se halle en cada momento. Los extranjeros tendrán derecho a que las circunstancias anteriores se comuniquen a la Oficina Consular de su país.
- f) Derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete, cuando se trate de extranjero que no comprenda o no hable el castellano o la lengua oficial de la actuación de que se trate, o de personas sordas o con discapacidad auditiva, así como de otras personas con dificultades del lenguaje.

g) Derecho a ser reconocido por el médico forense o su sustituto legal y, en su defecto, por el de la institución en que se encuentre, o por cualquier otro dependiente del Estado o de otras Administraciones Públicas.

h) Derecho a solicitar asistencia jurídica gratuita, procedimiento para hacerlo y condiciones para obtenerla.

Asimismo, se le informará del plazo máximo legal de duración de la detención hasta la puesta a disposición de la autoridad judicial y del procedimiento por medio del cual puede impugnar la legalidad de su detención.

Cuando no se disponga de una declaración de derechos en una lengua que comprenda el detenido, se le informará de sus derechos por medio de un intérprete tan pronto resulte posible. En este caso, deberá entregársele, posteriormente y sin demora indebida, la declaración escrita de derechos en una lengua que comprenda.

En todos los casos se permitirá al detenido conservar en su poder la declaración escrita de derechos durante todo el tiempo de la detención.

2 bis. La información a que se refiere el apartado anterior se facilitará en un lenguaje comprensible y que resulte accesible al imputado. A estos efectos se adaptará la información a su edad, grado de madurez, discapacidad y cualquier otra circunstancia personal de la que pueda derivar una limitación de la capacidad para entender el alcance de la información que se le facilita.

3. Si se tratare de un menor de edad o persona con la capacidad judicialmente complementada, la autoridad bajo cuya custodia se encuentre el detenido o preso notificará las circunstancias de la letra e) del apartado 2 a quienes ejerzan la patria potestad, la tutela o la guarda de hecho del mismo y, si no fueran halladas, se dará cuenta inmediatamente al Ministerio Fiscal. Si el detenido menor o con capacidad judicialmente complementada fuera extranjero, el hecho de la detención se notificará de oficio al Cónsul de su país.»

«5. No obstante, el detenido o preso podrá renunciar a la preceptiva asistencia de Abogado si su detención lo fuere por hechos susceptibles de ser tipificados exclusivamente como delitos contra la seguridad del tráfico, siempre que se le haya facilitado información clara y suficiente en un lenguaje sencillo y comprensible sobre el contenido de dicho derecho y las consecuencias de la renuncia. El detenido podrá revocar su renuncia en cualquier momento.»

Cinco. Se modifica el artículo 775, que queda redactado como sigue:

«Artículo 775.

1. En la primera comparecencia el Juez informará al imputado, en la forma más comprensible, de los hechos que se le imputan. Previamente, el Secretario judicial le informará de sus derechos, en particular de los enumerados en el apartado 1 del artículo 118, y le requerirá para que designe un domicilio en España en el que se harán las notificaciones, o una persona que las reciba en su nombre, con la advertencia de que la citación realizada en dicho domicilio o a la persona designada permitirá la celebración del juicio en su ausencia en los supuestos previstos en el artículo 786.

Tanto antes como después de prestar declaración se le permitirá entrevistarse reservadamente con su Abogado, sin perjuicio de lo establecido en la letra c) del artículo 527.

2. Cuando del resultado de las diligencias se produzca algún cambio relevante en el objeto de la investigación y de los hechos imputados, el Juez informará con prontitud de ello al imputado.

Esta información podrá ser facilitada mediante una exposición sucinta que resulte suficiente para permitir el ejercicio del derecho a la defensa, comunicada por escrito al Abogado defensor del imputado.»

Artículo tercero. Modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Se modifica el apartado 5 del artículo 231 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que queda redactado como sigue:

«5. La habilitación como intérprete en las actuaciones orales o en lengua de signos se realizará de conformidad con lo dispuesto en la ley procesal aplicable.»

Disposición adicional primera. Medios.

Las medidas incluidas en esta norma no podrán suponer incremento de dotaciones de personal, ni de retribuciones, ni de otros gastos de personal.

Disposición adicional segunda. Formación.

El Ministerio de Justicia, el Consejo General del Poder Judicial, la Fiscalía General del Estado y las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, asegurarán una formación de los jueces, fiscales y personal al servicio de la Administración de Justicia que participen en procesos penales que preste atención a las particularidades de la comunicación con ayuda de intérprete.

Disposición derogatoria única. Derogación normativa.

Quedan derogadas cuantas disposiciones, de igual o inferior rango, se opongan a lo dispuesto en esta Ley.

Disposición final primera. Registro Oficial de traductores e intérpretes judiciales.

El Gobierno presentará, en el plazo máximo de un año desde la publicación de esta Ley, un Proyecto de ley de creación de un Registro Oficial de Traductores e Intérpretes judiciales para la inscripción de todos aquellos profesionales que cuenten con la debida habilitación y cualificación, con el fin de elaborar las listas de traductores e intérpretes a que se refiere el artículo 124 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La inscripción en este Registro Oficial será requisito necesario para la actuación de estos profesionales por designación del Juez o del Secretario judicial ante la Administración de Justicia y en las diligencias policiales en las que sea necesaria su presencia, sin perjuicio de las excepciones que se establezcan.

A efectos de proceder a la inscripción en este Registro Oficial, el Ministerio de Justicia podrá solicitar el cumplimiento de otros requisitos diferentes a la formación o titulación que se establezca reglamentariamente en función del idioma de que se trate. Estos requisitos deberán ser proporcionados y no discriminatorios y podrán basarse en la experiencia del profesional, en el conocimiento adicional de cuestiones procedimentales o jurídicas, y en el cumplimiento de deberes deontológicos previstos en la ley.

La norma reguladora de este Registro Oficial determinará sus condiciones y términos de funcionamiento.

Disposición final segunda. Preceptos con naturaleza de ley ordinaria.

Tienen naturaleza de ley ordinaria los artículos 124, 125, 127, 302, 416.3 y 775 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, así como la disposición final primera de la presente Ley Orgánica.

Disposición final tercera. Título competencial.

La presente Ley Orgánica se dicta al amparo del artículo 149.1.1.^a y 6.^a de la Constitución, que reconocen al Estado competencia exclusiva para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos, y en materia de legislación procesal, respectivamente.

Disposición final cuarta. Entrada en vigor.

1. El artículo primero entrará en vigor al mes de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

2. Los restantes preceptos de la presente Ley Orgánica entrarán en vigor a los seis meses de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado.»

Por tanto,

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta ley orgánica.

Madrid, 27 de abril de 2015.

Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales³

FELIPE VI

REY DE ESPAÑA

A todos los que la presente vieren y entendieren.

Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente ley:

PREÁMBULO

I

La propuesta de Código Procesal Penal presentada por la Comisión Institucional para la elaboración de un texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal, constituida por Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012, actualmente sometido a información pública y debate, plantea un cambio radical del sistema de justicia penal cuya implantación requiere un amplio consenso. En tanto dicho debate se mantiene, en la confianza de encontrar el máximo concierto posible sobre el nuevo modelo procesal penal, resulta preciso afrontar de inmediato ciertas cuestiones que no pueden aguardar a ser resueltas con la promulgación del nuevo texto normativo que sustituya a la más que centenaria Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En esta ley se regularán las cuestiones que no requieren desarrollo mediante ley orgánica, que tendrán una regulación paralela en una norma con dicho rango, y que son las siguientes: a) la necesidad de establecer disposiciones eficaces de agilización de la justicia penal con el fin de evitar dilaciones indebidas, b) la previsión de un procedimiento de decomiso autónomo, c) la instauración general de la segunda instancia, d) la ampliación del recurso de casación y e) la reforma del recurso extraordinario de revisión.

II

Existen ciertas medidas, de sencilla implantación, que permiten evitar dilaciones innecesarias, sin merma alguna de los derechos de las partes: a) la modificación de las reglas de conexidad y su aplicación al determinar la competencia de los tribunales; b) la reforma del régimen de remisión por la Policía Judicial a los juzgados y al Ministerio Fiscal de los atestados relativos a delitos sin autor conocido; c) la fijación de plazos máximos para la instrucción; y d) la regulación de un procedimiento monitorio penal.

³ La reforma ha sido publicada en el Boletín Oficial del Estado con fecha de 6 de octubre y entrará en vigor el 6 de diciembre de 2015. Puede consultarse el texto consolidado de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a la que afectan esta y otras reformas, [aquí](#).

La reforma de las reglas de conexidad supone una racionalización de los criterios de conformación del objeto del proceso, con el fin de que tengan el contenido más adecuado para su rápida y eficaz sustanciación. Con ello se pretende evitar el automatismo en la acumulación de causas y la elefantiasis procesal que se pone de manifiesto en los denominados macroprocesos. La acumulación por conexión solo tiene sentido si concurren ciertas circunstancias tasadas que se expresan en el artículo 17.1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuando el conocimiento de los asuntos por separado no resulte más aconsejable. Esta valoración de la concurrencia de las reglas y condiciones de conexidad corresponde en exclusiva al juez instructor. La novedad de la reforma consiste en establecer que la simple analogía o relación entre sí no constituye una causa de conexión y solo se justifica la acumulación cuando, a instancia del Ministerio Fiscal, en su condición de defensor de la legalidad y del interés público, el juez lo considere más conveniente para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de las responsabilidades procedentes, salvo que suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso, y siempre que con ello no se altere la competencia. Así, además, se evitará el frecuente trasiego de causas entre distintos juzgados a la búsqueda del que deba conocer del asunto por una simple coincidencia de la persona a la que se atribuyen distintos delitos.

También constituye una medida de agilización, sencilla de llevar a la práctica, la consistente en evitar el uso irracional de los recursos humanos y materiales de la Administración de Justicia para gestionar los atestados policiales sin autor conocido, pues dan lugar en los juzgados a innecesarias aperturas de diligencias que son de inmediato archivadas previo visto del Ministerio Fiscal. Se trata de un trabajo superfluo y perturbador. Para garantizar un adecuado control judicial basta con que dichos atestados sean conservados por la Policía Judicial a disposición de jueces y fiscales. No obstante, la remisión a la autoridad judicial será preceptiva en todo caso respecto a materias especialmente sensibles, como son los delitos contra la vida, contra la integridad física, contra la libertad e indemnidad sexuales o los delitos relacionados con la corrupción. Deberán también remitirse todos los atestados en los que, pasadas las primeras setenta y dos horas, la Policía Judicial practique cualquier diligencia tendente a la identificación del autor, siempre que arroje algún resultado. Se trata de garantizar que no habrá investigaciones autónomas de la policía, pero evitar también que todas las causas terminen recalando en los juzgados cuando no exista avance respecto de la situación inicial.

Por otro lado, siguiendo la propuesta de la Comisión Institucional antes mencionada, para la finalización de la instrucción, se sustituye el exiguo e inoperante plazo de un mes del artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por plazos máximos realistas cuyo transcurso sí provoca consecuencias procesales. Se distinguen los asuntos sencillos de los complejos, correspondiendo su calificación inicial al órgano instructor. Se prevé la posibilidad de la prórroga de estos últimos a instancia del Ministerio Fiscal, como garante de la legalidad ex artículo 124 de la Constitución, y en todo caso, oídas las partes personadas, y, para todos los supuestos, de una prórroga excepcional a instancia de cualquiera de las partes personadas y oídas las demás, con

mucha flexibilidad, pero de forma que finalmente exista un límite temporal infranqueable en el que el sumario o las diligencias previas hayan de concluir y haya de adoptarse la decisión que proceda, bien la continuación del procedimiento ya en fase intermedia, bien el sobreseimiento de las actuaciones. Para la determinación de los plazos ordinarios de seis y de dieciocho meses, según se trate de un asunto sencillo o complejo, respectivamente, se ha tomado como referencia los plazos medios de duración de la instrucción, tal y como se reflejan en los estudios estadísticos judiciales y fiscales. Se trata, pues, de plazos fiables en que las diligencias instructoras deben haber ya cumplido sus fines. No obstante, el sistema prevé reglas de adecuación de los plazos a la realidad de la instrucción, de modo que una causa inicialmente declarada sencilla pueda transformarse en compleja, y que situaciones como la declaración del secreto de las actuaciones, lo que de hecho ocurrirá en el supuesto de intervención de las comunicaciones, no afecten al cómputo de los plazos, toda vez que en este caso se verá interrumpido. Otro tanto sucederá si el instructor acuerda el sobreseimiento provisional al considerar que no puede avanzarse de forma positiva en la tramitación de la causa por cualesquiera circunstancias. A modo de cláusula de cierre de esta nueva regulación se elimina cualquier riesgo de impunidad por el transcurso de los referidos plazos al excluirse que su agotamiento dé lugar al archivo automático de las actuaciones, fuera de los supuestos en que proceda el sobreseimiento libre o provisional de la causa.

Adicionalmente, como también propuso la Comisión, se establece el proceso por aceptación de decreto. Se trata de un procedimiento monitorio penal que permite la conversión de la propuesta sancionadora realizada por el Ministerio Fiscal en sentencia firme cuando se cumplen los requisitos objetivos y subjetivos previstos y el encausado da su conformidad, con preceptiva asistencia letrada. Siguiendo un modelo de probado éxito en el Derecho comparado, se instaura un mecanismo de aceleración de la justicia penal que es sumamente eficaz para descongestionar los órganos judiciales y para dispensar una rápida respuesta punitiva ante delitos de escasa gravedad cuya sanción pueda quedar en multa o trabajos en beneficio de la comunidad, totalmente respetuoso con el derecho de defensa. El objetivo de esta reforma es el establecimiento de un cauce de resolución anticipada de las causas penales para delitos de menor entidad, aplicable con independencia del procedimiento que les corresponda. Resulta, pues, aplicable tanto a los delitos leves como a los delitos menos graves que se encuentren dentro de su ámbito material de aplicación, a instancia del Ministerio Fiscal y antes de la conclusión de la fase de instrucción. También responde a la posibilidad de culminar la fase de diligencias de investigación del Ministerio Fiscal con una elevación de las actuaciones al juzgado de instrucción que implique no ya la puesta en conocimiento del hecho sino, de facto, la solicitud de la sentencia y pena correspondiente. Su efectiva aplicación implicará una reducción significativa de las instrucciones y ulteriores juicios orales, lo que redundará también en beneficio del acortamiento de la denominada «fase intermedia» de los procedimientos.

III

La Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito

en la Unión Europea exige a los Estados miembros articular cauces para su implementación, en especial para permitir la efectividad de las nuevas figuras de decomiso. Se regula así un proceso de decomiso autónomo que permita la privación de la titularidad de los bienes procedentes del delito pese a que el autor no pueda ser juzgado. El procedimiento responde a un equilibrio entre la agilidad que le es propia y las garantías para las personas demandadas. Se ha optado por la remisión al procedimiento verbal de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que contribuye a la seguridad jurídica. Se han incluido, no obstante, las especialidades propias del procedimiento en el articulado y un sistema de recursos basado en el procedimiento abreviado. Se prevé además la fase de ejecución de los bienes decomisados, en la que la investigación asociada será dirigida por el Ministerio Fiscal, sin detrimento de las funciones investigadoras de éste en la fase prejudicial. Esta regulación ha de ponerse en contexto con las modificaciones del decomiso que por su parte introduce la reforma del Código Penal, y en concreto, como complemento de aquella, se ha previsto ahora la intervención en el procedimiento de los terceros que puedan verse afectados por el decomiso. Sus derechos se garantizan no solo en este procedimiento, sino con la articulación de un recurso de anulación, por remisión nuevamente a la Ley de Enjuiciamiento Civil, en caso de que la resolución se haya dictado sin considerar su condición de interesado en la causa.

IV

Pese a que la Ley Orgánica del Poder Judicial establece las oportunas previsiones orgánicas para la generalización de la segunda instancia en el proceso penal, en desarrollo del derecho reconocido por el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, conforme al cual todo condenado por delito podrá someter a revisión la causa ante un tribunal superior, la ausencia de regulación procesal del recurso de apelación contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales y por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, previa celebración de juicio ante dichos órganos judiciales, mantiene una situación insatisfactoria que, al tener que compensarse con mayor flexibilidad en el entendimiento de los motivos del recurso de casación, desvirtúa la función del Tribunal Supremo como máximo intérprete de la ley penal. Por ello, se procede a generalizar la segunda instancia, estableciendo la misma regulación actualmente prevista para la apelación de las sentencias dictadas por los juzgados de lo penal en el proceso abreviado, si bien adaptándola a las exigencias tanto constitucionales como europeas. Se ha considerado oportuno completar la regulación del recurso de apelación con nuevas previsiones legales relativas al error en la valoración de la prueba como fundamento del recurso y al contenido de la sentencia que el órgano ad quem podrá dictar en tales circunstancias, cuyo fin último es ajustar la reglamentación de esta materia a la doctrina constitucional y, en particular, a las exigencias que dimanen del principio de inmediación. En relación con lo primero, cuando la acusación alegue este motivo como base de su recurso ya fuera a fin de anular una sentencia absolutoria, ya para agravar las condiciones fijadas en una condenatoria, deberá justificar la insuficiencia o falta de racionalidad de la misma o su apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia o la omisión de todo razonamiento sobre

alguna de las pruebas practicadas, siempre que fueran relevantes, o cuya nulidad hubiera sido improcedentemente declarada. En esta tesitura, el tribunal de apelación verá limitadas sus facultades a declarar la nulidad de la sentencia cuando fuera procedente, fijando el alcance de esa declaración, esto es, si afecta exclusivamente a la resolución del órgano a quo o si ha de extenderse al juicio oral y, en este último caso, si debe darse una nueva composición a ese órgano al objeto de garantizar su imparcialidad.

V

Junto con la reforma de la segunda instancia es necesario remodelar la casación para conseguir que cumpla de forma eficaz su función unificadora de la doctrina penal. Actualmente un porcentaje limitado de delitos tiene acceso al recurso de casación y, por consiguiente, su interpretación unificadora se lleva a cabo por las Audiencias Provinciales, lo que no garantiza un tratamiento homogéneo para toda España. A esta realidad se unen las sucesivas reformas del Código Penal, a impulsos de exigencias sociales, transposición de directivas europeas o con motivo del cumplimiento de normativas internacionales, la última de las cuales en virtud de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, ha supuesto cambios profundos en la ley sustantiva. Ante esta situación se hacía imprescindible una reforma del ámbito material del recurso de casación para permitir que el Tribunal Supremo aportara la exigible uniformidad en tales materias.

Para hacer posible el acceso de los nuevos delitos al recurso de casación la reforma contempla distintas medidas que actuarán como contrapesos para equilibrar el modelo y hacerlo plenamente viable. En primer lugar, se generaliza el recurso de casación por infracción de ley, si bien acotado al motivo primero del artículo 849, y reservando el resto de los motivos para los delitos de mayor gravedad. En segundo lugar, se excluyen del recurso de casación las sentencias que no sean definitivas, esto es, aquellas que se limiten a declarar la nulidad de las resoluciones recaídas en primera instancia, por considerarse que en estas situaciones la casación se convertiría en un trámite superfluo y dilatorio, sin que suponga sustraer la causa al conocimiento del Tribunal Supremo, toda vez que esta vía impugnativa permanecerá abierta una vez resueltas las causas de nulidad. Y, finalmente, se instituye la posibilidad de que el recurso pueda ser inadmitido a trámite mediante providencia «sucintamente motivada» por unanimidad de los componentes de la Sala cuando carezca de interés casacional, aunque exclusivamente cuando se trate de recursos interpuestos contra sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. A efectos de determinar la existencia de ese interés casacional deberán tomarse en consideración diversos aspectos, entre otros, los siguientes: si la sentencia recurrida se opone abiertamente a la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo, si resuelve cuestiones sobre las que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, o si aplica normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese una doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ya consolidada relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

De esa forma, existirá doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en todas las materias, sustantivas, procesales y constitucionales.

VI

Por último, la necesidad de establecer en el ordenamiento español un cauce legal de cumplimiento de las sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, hasta ahora sin otra cobertura que la interpretación jurisprudencial, impone la reforma de los motivos del recurso de revisión, en el marco de la mejora técnica de los diversos supuestos y con inclusión también de la posibilidad de impugnación de sentencias penales que puedan resultar contradictorias con la dictada posteriormente en otro orden jurisdiccional acerca de una cuestión prejudicial no devolutiva y de las sentencias dictadas en los procedimientos de decomiso autónomo en el caso de que la ulterior sentencia penal recaída en el procedimiento principal no considerara acreditado el hecho delictivo que habilitó el decomiso.

Artículo único. Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal se modifica en los siguientes términos:

Uno. Se modifica el apartado 3 del artículo 14, que queda redactado del siguiente modo:

«3. Para el conocimiento y fallo de las causas por delitos a los que la Ley señale pena privativa de libertad de duración no superior a cinco años o pena de multa cualquiera que sea su cuantía, o cualesquiera otras de distinta naturaleza, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, siempre que la duración de éstas no exceda de diez años, así como por delitos leves, sean o no incidentales, imputables a los autores de estos delitos o a otras personas, cuando la comisión del delito leve o su prueba estuviesen relacionadas con aquéllos, el Juez de lo Penal de la circunscripción donde el delito fue cometido, o el Juez de lo Penal correspondiente a la circunscripción del Juzgado de Violencia sobre la Mujer en su caso, o el Juez Central de lo Penal en el ámbito que le es propio, sin perjuicio de la competencia del Juez de Instrucción de Guardia del lugar de comisión del delito para dictar sentencia de conformidad, del Juez de Violencia sobre la Mujer competente en su caso, en los términos establecidos en el artículo 801, así como de los Juzgados de Instrucción competentes para dictar sentencia en el proceso por aceptación de decreto.»

Dos. Se modifica el artículo 17, que queda redactado del siguiente modo:

«1. Cada delito dará lugar a la formación de una única causa.

No obstante, los delitos conexos serán investigados y enjuiciados en la misma causa cuando la investigación y la prueba en conjunto de los hechos resulten convenientes para su esclarecimiento y para la determinación de las responsabilidades procedentes salvo que suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso.

2. A los efectos de la atribución de jurisdicción y de la distribución de la competencia se consideran delitos conexos:

1.º Los cometidos por dos o más personas reunidas.

2.º Los cometidos por dos o más personas en distintos lugares o tiempos si hubiera precedido concierto para ello.

3.º Los cometidos como medio para perpetrar otros o facilitar su ejecución.

4.º Los cometidos para procurar la impunidad de otros delitos.

5.º Los delitos de favorecimiento real y personal y el blanqueo de capitales respecto al delito antecedente.

6.º Los cometidos por diversas personas cuando se ocasionen lesiones o daños recíprocos.

3. Los delitos que no sean conexos pero hayan sido cometidos por la misma persona y tengan analogía o relación entre sí, cuando sean de la competencia del mismo órgano judicial, podrán ser enjuiciados en la misma causa, a instancia del Ministerio Fiscal, si la investigación y la prueba en conjunto de los hechos resultan convenientes para su esclarecimiento y para la determinación de las responsabilidades procedentes, salvo que suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso.»

Tres. Se modifica el artículo 284, que queda redactado del siguiente modo:

«1. Inmediatamente que los funcionarios de la Policía judicial tuvieren conocimiento de un delito público o fueren requeridos para prevenir la instrucción de diligencias por razón de algún delito privado, lo participarán a la autoridad judicial o al representante del Ministerio Fiscal, si pudieren hacerlo sin cesar en la práctica de las diligencias de prevención. En otro caso, lo harán así que las hubieren terminado.

2. No obstante, cuando no exista autor conocido del delito la Policía Judicial conservará el atestado a disposición del Ministerio Fiscal y de la autoridad judicial, sin enviárselo, salvo que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Que se trate de delitos contra la vida, contra la integridad física, contra la libertad e indemnidad sexuales o de delitos relacionados con la corrupción;
- b) Que se practique cualquier diligencia después de transcurridas setenta y dos horas desde la apertura del atestado y éstas hayan tenido algún resultado; o
- c) Que el Ministerio Fiscal o la autoridad judicial soliciten la remisión.

De conformidad con el derecho reconocido en el artículo 6 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito, la Policía Judicial comunicará al denunciante que en caso de no ser identificado el autor en el plazo de setenta y dos horas, las actuaciones no se remitirán a la autoridad judicial, sin perjuicio de su derecho a reiterar la denuncia ante la fiscalía o el juzgado de instrucción.

3. Si hubieran recogido armas, instrumentos o efectos de cualquier clase que pudieran tener relación con el delito y se hallen en el lugar en que éste se cometió o en sus inmediaciones, o en poder del reo o en otra parte conocida, extenderán diligencia expresiva del lugar, tiempo y ocasión en que se encontraren, que incluirá una descripción minuciosa para que se pueda formar idea cabal de los mismos y de las circunstancias de su hallazgo, que podrá ser sustituida por un reportaje gráfico. La diligencia será firmada por la persona en cuyo poder fueren hallados.

4. La incautación de efectos que pudieran pertenecer a una víctima del delito será comunicada a la misma. La persona afectada por la incautación podrá recurrir en cualquier momento la medida ante el juez de instrucción de conformidad con lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 334.»

Cuatro. El primer párrafo del artículo 295 queda redactado del siguiente modo:

«En ningún caso los funcionarios de Policía Judicial podrán dejar transcurrir más de veinticuatro horas sin dar conocimiento a la autoridad judicial o al Ministerio Fiscal de

las diligencias que hubieran practicado, salvo en los supuestos de fuerza mayor y en el previsto en el apartado 2 del artículo 284.»

Cinco. Se suprime el artículo 300.

Seis. Se modifica el artículo 324, que queda redactado en los siguientes términos:

«1. Las diligencias de instrucción se practicarán durante el plazo máximo de seis meses desde la fecha del auto de incoación del sumario o de las diligencias previas.

No obstante, antes de la expiración de ese plazo, el instructor a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia de las partes, podrá declarar la instrucción compleja a los efectos previstos en el apartado siguiente cuando, por circunstancias sobrevenidas a la investigación, ésta no pudiera razonablemente completarse en el plazo estipulado o concurran de forma sobrevenida algunas de las circunstancias previstas en el apartado siguiente de este artículo.

2. Si la instrucción es declarada compleja el plazo de duración de la instrucción será de dieciocho meses, que el instructor de la causa podrá prorrogar por igual plazo o uno inferior a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia de las partes. La solicitud de prórroga deberá presentarse por escrito, al menos, tres días antes de la expiración del plazo máximo.

Contra el auto que desestima la solicitud de prórroga no cabrá recurso, sin perjuicio de que pueda reproducirse esta petición en el momento procesal oportuno.

Se considerará que la investigación es compleja cuando:

- a) recaiga sobre grupos u organizaciones criminales,
- b) tenga por objeto numerosos hechos punibles,
- c) involucre a gran cantidad de investigados o víctimas,
- d) exija la realización de pericias o de colaboraciones recabadas por el órgano judicial que impliquen el examen de abundante documentación o complicados análisis,
- e) implique la realización de actuaciones en el extranjero,
- f) precise de la revisión de la gestión de personas jurídico-privadas o públicas, o
- g) se trate de un delito de terrorismo.

3. Los plazos previstos en este artículo quedarán interrumpidos:

- a) en caso de acordarse el secreto de las actuaciones, durante la duración del mismo, o
- b) en caso de acordarse el sobreseimiento provisional de la causa.

Cuando se alce el secreto o las diligencias sean reabiertas, continuará la investigación por el tiempo que reste hasta completar los plazos previstos en los apartados anteriores, sin perjuicio de la posibilidad de acordar la prórroga prevista en el apartado siguiente.

4. Excepcionalmente, antes del transcurso de los plazos establecidos en los apartados anteriores o, en su caso, de la prórroga que hubiera sido acordada, si así lo solicita el Ministerio Fiscal o alguna de las partes personadas, por concurrir razones que lo justifiquen, el instructor, previa audiencia de las demás partes, podrá fijar un nuevo plazo máximo para la finalización de la instrucción.

5. Cuando el Ministerio Fiscal o las partes, en su caso, no hubieran hecho uso de la facultad que les confiere el apartado anterior, no podrán interesar las diligencias de investigación complementarias previstas en los artículos 627 y 780 de esta ley.

6. El juez concluirá la instrucción cuando entienda que ha cumplido su finalidad. Transcurrido el plazo máximo o sus prórrogas, el instructor dictará auto de conclusión del sumario o, en el procedimiento abreviado, la resolución que proceda conforme al artículo 779. Si el instructor no hubiere dictado alguna de las resoluciones mencionadas en este apartado, el Ministerio Fiscal instará al juez que acuerde la decisión que fuera oportuna. En este caso, el juez de instrucción deberá resolver sobre la solicitud en el plazo de quince días.

7. Las diligencias de investigación acordadas antes del transcurso de los plazos legales serán válidas, sin perjuicio de su recepción tras la expiración de los mismos.

8. En ningún caso el mero transcurso de los plazos máximos fijados en este artículo dará lugar al archivo de las actuaciones si no concurren las circunstancias previstas en los artículos 637 o 641.»

Siete. Se añade un párrafo tercero en el apartado 2 del artículo 790, que queda redactado del siguiente modo:

«Cuando la acusación alegue error en la valoración de la prueba para pedir la anulación de la sentencia absolutoria o el agravamiento de la condenatoria, será preciso que se justifique la insuficiencia o la falta de racionalidad en la motivación fáctica, el apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia o la omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada.»

Ocho. Se modifica el artículo 792 que queda redactado del siguiente modo:

«1. La sentencia de apelación se dictará dentro de los cinco días siguientes a la vista oral, o dentro de los diez días siguientes a la recepción de las actuaciones por la Audiencia cuando no hubiere resultado procedente su celebración.

2. La sentencia de apelación no podrá condenar al encausado que resultó absuelto en primera instancia ni agravar la sentencia condenatoria que le hubiera sido impuesta por error en la apreciación de las pruebas en los términos previstos en el tercer párrafo del artículo 790.2.

No obstante, la sentencia, absolutoria o condenatoria, podrá ser anulada y, en tal caso, se devolverán las actuaciones al órgano que dictó la resolución recurrida. La sentencia de apelación concretará si la nulidad ha de extenderse al juicio oral y si el principio de imparcialidad exige una nueva composición del órgano de primera instancia en orden al nuevo enjuiciamiento de la causa.

3. Cuando la sentencia apelada sea anulada por quebrantamiento de una forma esencial del procedimiento, el tribunal, sin entrar en el fondo del fallo, ordenará que se reponga el procedimiento al estado en que se encontraba en el momento de cometerse la falta, sin perjuicio de que conserven su validez todos aquellos actos cuyo contenido sería idéntico no obstante la falta cometida.

4. Contra la sentencia dictada en apelación solo cabrá recurso de casación en los supuestos previstos en el artículo 847, sin perjuicio de lo establecido respecto de la

revisión de sentencias firmes, o en el artículo siguiente para la impugnación de sentencias firmes dictadas en ausencia del acusado. Cuando no se interponga recurso contra la sentencia dictada en apelación los autos se devolverán al juzgado a los efectos de la ejecución del fallo.

5. La sentencia se notificará a los ofendidos y perjudicados por el delito, aunque no se hayan mostrado parte en la causa.»

Nueve. Se introduce en el Libro IV un nuevo Título III bis con la siguiente rúbrica y contenido:

«TÍTULO III bis

Proceso por aceptación de decreto

Artículo 803 bis a. Requisitos del proceso por aceptación de decreto.

En cualquier momento después de iniciadas diligencias de investigación por la fiscalía o de incoado un procedimiento judicial y hasta la finalización de la fase de instrucción, aunque no haya sido llamado a declarar el investigado, podrá seguirse el proceso por aceptación de decreto cuando se cumplan cumulativamente los siguientes requisitos:

- 1.º Que el delito esté castigado con pena de multa o de trabajos en beneficio de la comunidad o con pena de prisión que no exceda de un año y que pueda ser suspendida de conformidad con lo dispuesto en el artículo 80 del Código Penal, con o sin privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.
- 2.º Que el Ministerio Fiscal entienda que la pena en concreto aplicable es la pena de multa o trabajos en beneficio de la comunidad y, en su caso, la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.
- 3.º Que no esté personada acusación popular o particular en la causa.

Artículo 803 bis b. Objeto.

1. El proceso por aceptación de decreto dictado por el Ministerio Fiscal tiene por objeto una acción penal ejercitada para la imposición de una pena de multa o trabajos en beneficio de la comunidad y, en su caso, de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.
2. Además puede tener por objeto la acción civil dirigida a la obtención de la restitución de la cosa y la indemnización del perjuicio.

Artículo 803 bis c. Contenido del decreto de propuesta de imposición de pena.

El decreto de propuesta de imposición de pena emitido por el Ministerio Fiscal tendrá el siguiente contenido:

- 1.º Identificación del investigado.
- 2.º Descripción del hecho punible.
- 3.º Indicación del delito cometido y mención sucinta de la prueba existente.
- 4.º Breve exposición de los motivos por los que entiende, en su caso, que la pena de prisión debe ser sustituida.
- 5.º Penas propuestas. A los efectos de este procedimiento, el Ministerio Fiscal podrá proponer la pena de multa o trabajos en beneficio de la comunidad, y, en su caso, la de

privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, reducida hasta en un tercio respecto de la legalmente prevista, aun cuando suponga la imposición de una pena inferior al límite mínimo previsto en el Código Penal.

6.º Peticiones de restitución e indemnización, en su caso.

Artículo 803 bis d. Remisión al Juzgado de Instrucción.

El decreto de propuesta de imposición de pena dictado por el Ministerio Fiscal se remitirá al Juzgado de Instrucción para su autorización y notificación al investigado.

Artículo 803 bis e. Auto de autorización.

1. El Juzgado de Instrucción autorizará el decreto de propuesta de imposición de pena cuando se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 803 bis a.
2. Si el Juzgado de Instrucción no autoriza el decreto, éste quedará sin efecto.

Artículo 803 bis f. Notificación del auto y citación de comparecencia.

1. Dictado auto de autorización del decreto por el Juzgado de Instrucción, lo notificará junto con el decreto al encausado, a quien citará para que comparezca ante el tribunal en la fecha y en el día que se señale.
2. En la notificación del decreto se informará al encausado de la finalidad de la comparecencia, de la preceptiva asistencia de letrado para su celebración y de los efectos de su incomparecencia o, caso de comparecer, de su derecho a aceptar o rechazar la propuesta contenida en el decreto. También se le informará de que, en caso de no encontrarse defendido por letrado en la causa, debe asesorarse con un abogado de confianza o solicitar un abogado de oficio antes del término previsto en el artículo siguiente.

Artículo 803 bis g. Solicitud de asistencia letrada.

Si el encausado carece de asistencia letrada se le designará abogado de oficio para su asesoramiento y asistencia.

Para que la comparecencia pueda celebrarse, la solicitud de designación de abogado de oficio debe realizarse en el término de cinco días hábiles antes de la fecha para la que esté señalada.

Artículo 803 bis h. Comparecencia.

1. Para la aceptación de la propuesta de sanción el encausado habrá de comparecer en el juzgado de instrucción asistido de letrado.
2. Si el encausado no comparece o rechaza la propuesta del Ministerio Fiscal, total o parcialmente en lo relativo a las penas o a la restitución o indemnización, quedará la misma sin efecto. Si el encausado comparece sin letrado, el juez suspenderá la comparecencia de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 746 y señalará nueva fecha para su celebración.
3. En la comparecencia el juez, en presencia del letrado, se asegurará de que el encausado comprende el significado del decreto de propuesta de imposición de pena y los efectos de su aceptación.
4. La comparecencia será registrada íntegramente por medios audiovisuales, documentándose conforme a las reglas generales en caso de imposibilidad material.

Artículo 803 bis i. Conversión del decreto en sentencia condenatoria.

Si el encausado acepta en la comparecencia la propuesta de pena en todos sus términos el Juzgado de Instrucción le atribuirá el carácter de resolución judicial firme, que en el plazo de tres días documentará en la forma y con todos los efectos de sentencia condenatoria, la cual no será susceptible de recurso alguno.

Artículo 803 bis j. Ineficacia del decreto de propuesta de pena.

Si el decreto de propuesta de pena deviene ineficaz por no ser autorizado por el Juzgado de Instrucción, por incomparecencia o por falta de aceptación del encausado, el Ministerio Fiscal no se encontrará vinculado por su contenido y proseguirá la causa por el cauce que corresponda.»

Diez. Se introduce en el Libro IV un nuevo Título III ter con la siguiente rúbrica y contenido:

«TÍTULO III ter**De la intervención de terceros afectados por el decomiso y del procedimiento de decomiso autónomo****CAPÍTULO I****De la intervención en el proceso penal de los terceros que puedan resultar afectados por el decomiso****Artículo 803 ter a. Resolución judicial de llamada al proceso.**

1. El juez o tribunal acordará, de oficio o a instancia de parte, la intervención en el proceso penal de aquellas personas que puedan resultar afectadas por el decomiso cuando consten hechos de los que pueda derivarse razonablemente:

- a) que el bien cuyo decomiso se solicita pertenece a un tercero distinto del investigado o encausado, o
- b) que existen terceros titulares de derechos sobre el bien cuyo decomiso se solicita que podrían verse afectados por el mismo.

2. Se podrá prescindir de la intervención de los terceros afectados en el procedimiento cuando:

- a) no se haya podido identificar o localizar al posible titular de los derechos sobre el bien cuyo decomiso se solicita, o
- b) existan hechos de los que pueda derivarse que la información en que se funda la pretensión de intervención en el procedimiento no es cierta, o que los supuestos titulares de los bienes cuyo decomiso se solicita son personas interpuestas vinculadas al investigado o encausado o que actúan en connivencia con él.

3. Contra la resolución por la que el juez declare improcedente la intervención del tercero en el procedimiento podrá interponerse recurso de apelación.

4. Si el afectado por el decomiso hubiera manifestado al juez o tribunal que no se opone al decomiso, no se acordará su intervención en el procedimiento o se pondrá fin a la que ya hubiera sido acordada.

5. En el caso de que se acordare recibir declaración del afectado por el decomiso, se le instruirá del contenido del artículo 416.

Artículo 803 ter b. Especialidades de la intervención y citación a juicio del tercero afectado.

1. La persona que pueda resultar afectada por el decomiso podrá participar en el proceso penal desde que se hubiera acordado su intervención, aunque esta participación vendrá limitada a los aspectos que afecten directamente a sus bienes, derechos o situación jurídica y no se podrá extender a las cuestiones relacionadas con la responsabilidad penal del encausado.

2. Para la intervención del tercero afectado por el decomiso será preceptiva la asistencia letrada.

3. El afectado por el decomiso será citado al juicio de conformidad con lo dispuesto en esta ley. En la citación se indicará que el juicio podrá ser celebrado en su ausencia y que en el mismo podrá resolverse, en todo caso, sobre el decomiso solicitado.

El afectado por el decomiso podrá actuar en el juicio por medio de su representación legal, sin que sea necesaria su presencia física en el mismo.

4. La incomparecencia del afectado por el decomiso no impedirá la continuación del juicio.

Artículo 803 ter c. Notificación e impugnación de la sentencia.

La sentencia en la que se acuerde el decomiso será notificada a la persona afectada por el mismo aunque no hubiera comparecido en el proceso, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 803 ter a. La persona afectada podrá interponer contra la sentencia los recursos previstos en esta ley, aunque deberá circunscribir su recurso a los pronunciamientos que afecten directamente a sus bienes, derechos o situación jurídica, y no podrá extenderlo a las cuestiones relacionadas con la responsabilidad penal del encausado.

Artículo 803 ter d. Incomparecencia del tercero afectado por el decomiso.

1. La incomparecencia del tercero afectado por el decomiso que fue citado de conformidad con lo dispuesto en esta ley tendrá como efecto su declaración en rebeldía. La rebeldía del tercero afectado se regirá por las normas establecidas por la Ley de Enjuiciamiento Civil respecto al demandado rebelde, incluidas las previstas para las notificaciones, los recursos frente a la sentencia y la rescisión de la sentencia firme a instancia del rebelde, si bien, en caso de rescisión de la sentencia, la misma se limitará a los pronunciamientos que afecten directamente al tercero en sus bienes, derechos o situación jurídica. En tal caso, se remitirá certificación al tribunal que hubiera dictado sentencia en primera instancia, si es distinto al que hubiera dictado la sentencia rescindente y, a continuación, se seguirán las reglas siguientes:

a) Se otorgará al tercero un plazo de diez días para presentar escrito de contestación a la demanda de decomiso, con proposición de prueba, en relación con los hechos relevantes para el pronunciamiento que le afecte.

b) Presentado el escrito en plazo, el órgano jurisdiccional resolverá sobre la admisibilidad de prueba mediante auto y, con arreglo a las normas generales, se señalará fecha para la

vista, cuyo objeto se ceñirá al enjuiciamiento de la acción civil planteada contra el tercero o de la afección de sus bienes, derechos o situación jurídica por la acción penal.

c) Frente a la sentencia se podrán interponer los recursos previstos en esta ley.

Si no se presenta escrito de contestación a la demanda en plazo o el tercero no comparece en la vista debidamente representado se dictará, sin más trámite, sentencia coincidente con la rescindida en los pronunciamientos afectados.

2. Los mismos derechos previstos en el apartado anterior se reconocen al tercero afectado que no hubiera tenido la oportunidad de oponerse al decomiso por desconocer su existencia.

CAPÍTULO II

Procedimiento de decomiso autónomo

Artículo 803 ter e. Objeto.

1. Podrá ser objeto del procedimiento de decomiso autónomo regulado en el presente Título la acción mediante la cual se solicita el decomiso de bienes, efectos o ganancias, o un valor equivalente a los mismos, cuando no hubiera sido ejercitada con anterioridad, salvo lo dispuesto en el artículo 803 ter p.

2. En particular, será aplicable este procedimiento en los siguientes casos:

a) Cuando el fiscal se limite en su escrito de acusación a solicitar el decomiso de bienes reservando expresamente para este procedimiento su determinación.

b) Cuando se solicite como consecuencia de la comisión de un hecho punible cuyo autor haya fallecido o no pueda ser enjuiciado por hallarse en rebeldía o incapacidad para comparecer en juicio.

3. En el caso de reserva de la acción por el fiscal, el procedimiento de decomiso autónomo solamente podrá ser iniciado cuando el proceso en el que se resuelva sobre las responsabilidades penales del encausado ya hubiera concluido con sentencia firme.

Artículo 803 ter f. Competencia.

Será competente para el conocimiento del procedimiento de decomiso autónomo:

a) el juez o tribunal que hubiera dictado la sentencia firme,

b) el juez o tribunal que estuviera conociendo de la causa penal suspendida, o

c) el juez o tribunal competente para el enjuiciamiento de la misma cuando ésta no se hubiera iniciado, en las circunstancias previstas en el artículo 803 ter e.

Artículo 803 ter g. Procedimiento.

Serán aplicables al procedimiento de decomiso autónomo las normas que regulan el juicio verbal regulado en el Título III del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil en lo que no sean contradictorias con las establecidas en este capítulo.

Artículo 803 ter h. Exclusividad del Ministerio Fiscal en el ejercicio de la acción.

La acción de decomiso en el procedimiento de decomiso autónomo será ejercitada exclusivamente por el Ministerio Fiscal.

Artículo 803 ter i. Asistencia letrada.

Serán aplicables a todas las personas cuyos bienes o derechos pudieren verse afectados por el decomiso las normas reguladoras del derecho a la asistencia letrada del encausado previstas en esta ley.

Artículo 803 ter j. Legitimación pasiva y citación a juicio.

1. Serán citados a juicio como demandados los sujetos contra los que se dirija la acción por su relación con los bienes a decomisar.
2. El encausado rebelde será citado mediante notificación dirigida a su representación procesal en el proceso suspendido y la fijación de edicto en el tablón de anuncios del tribunal.
3. El tercero afectado por el decomiso será citado de conformidad con lo previsto en el apartado 3 del artículo 803 ter b.

Artículo 803 ter k. Comparecencia del encausado rebelde o con la capacidad modificada judicialmente.

1. Si el encausado declarado rebelde en el proceso suspendido no comparece en el procedimiento autónomo de decomiso se le nombrará procurador y abogado de oficio que asumirán su representación y defensa.
2. La comparecencia en el procedimiento de decomiso autónomo del encausado con la capacidad modificada judicialmente para comparecer en el proceso penal suspendido se regirá por las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Artículo 803 ter l. Demanda de solicitud de decomiso autónomo.

1. La demanda de decomiso autónomo se presentará por escrito que expresará en apartados separados y numerados:
 - a) Las personas contra las que se dirige la solicitud y sus domicilios.
 - b) El bien o bienes cuyo decomiso se pretende.
 - c) El hecho punible y su relación con el bien o bienes.
 - d) La calificación penal del hecho punible.
 - e) La situación de la persona contra la que se dirige la solicitud respecto al bien.
 - f) El fundamento legal del decomiso.
 - g) La proposición de prueba.
 - h) La solicitud de medidas cautelares, justificando la conveniencia de su adopción para garantizar la efectividad del decomiso, si procede.
2. Admitida la demanda, el órgano competente adoptará las siguientes resoluciones:
 - 1.º Acordará o no las medidas cautelares solicitadas.
 - 2.º Notificará la demanda de decomiso a las partes pasivamente legitimadas, a quienes otorgará un plazo de veinte días para personarse en el proceso y presentar escrito de contestación a la demanda de decomiso.
3. Adoptadas las medidas cautelares, la oposición, modificación o alzamiento de las mismas y la prestación de caución sustitutoria se desarrollará de acuerdo con lo previsto

en el Título VI del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil en lo que no sea contradictorio con las normas establecidas en este capítulo.

Artículo 803 ter m. Escrito de contestación a la demanda de decomiso.

1. El escrito de contestación a la demanda de decomiso contendrá, en relación con los correlativos del escrito de demanda, las alegaciones de la parte demandada.
2. Si el demandado no interpusiera su escrito de contestación en el plazo conferido o si desistiera del mismo, el órgano competente acordará el decomiso definitivo de los bienes, efectos o ganancias, o de un valor equivalente a los mismos.

Artículo 803 ter n. Resolución sobre prueba y vista.

El órgano competente resolverá sobre la prueba propuesta por auto, en el que señalará fecha y hora para la vista de acuerdo a las reglas generales. Esta resolución no será recurrible, aunque la solicitud de prueba podrá reiterarse en el juicio.

Artículo 803 ter o. Juicio y sentencia.

1. El juicio se desarrollará conforme a lo dispuesto en el artículo 433 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el juez o tribunal resolverá mediante sentencia en el plazo de 20 días desde su finalización, con alguno de los siguientes pronunciamientos:

- 1.º Estimar la demanda de decomiso y acordar el decomiso definitivo de los bienes.
 - 2.º Estimar parcialmente la demanda de decomiso y acordar el decomiso definitivo por la cantidad que corresponda. En este caso, se dejarán sin efecto las medidas cautelares que hubieran sido acordadas respecto al resto de los bienes.
 - 3.º Desestimar la demanda de decomiso y declarar que no procede por concurrir alguno de los motivos de oposición. En este caso, se dejarán sin efecto todas las medidas cautelares que hubieran sido acordadas.
2. Cuando la sentencia estime total o parcialmente la demanda de decomiso, identificará a los perjudicados y fijará las indemnizaciones que fueran procedentes.
 3. El pronunciamiento en costas se regirá por las normas generales previstas en esta ley.

Artículo 803 ter p. Efectos de la sentencia de decomiso.

1. La sentencia desplegará los efectos materiales de la cosa juzgada en relación con las personas contra las que se haya dirigido la acción y la causa de pedir planteada, consistente en los hechos relevantes para la adopción del decomiso, relativos al hecho punible y la situación frente a los bienes del demandado.
2. Más allá del efecto material de la cosa juzgada establecido en el apartado anterior, el contenido de la sentencia del procedimiento de decomiso autónomo no vinculará en el posterior enjuiciamiento del encausado, si se produce.

En el proceso penal posterior contra el encausado, si se produce, no se solicitará ni será objeto de enjuiciamiento el decomiso de bienes sobre el que se haya resuelto con efecto de cosa juzgada en el procedimiento de decomiso autónomo.

3. A los bienes decomisados se les dará el destino previsto en esta ley y en el Código Penal.

4. Cuando el decomiso se hubiera acordado por un valor determinado, se requerirá a la persona con relación a la cual se hubiera acordado para que proceda al pago de la cantidad correspondiente dentro del plazo que se le determine; o, en otro caso, designe bienes por un valor suficiente sobre los que la orden de decomiso pueda hacerse efectiva.

Si el requerimiento no fuera atendido, se procederá del modo previsto en el artículo siguiente para la ejecución de la orden de decomiso.

Artículo 803 ter q. Investigación del Ministerio Fiscal.

1. El Ministerio Fiscal podrá llevar a cabo, por sí mismo, a través de la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos o por medio de otras autoridades o de los funcionarios de la Policía Judicial, las diligencias de investigación que resulten necesarias para localizar los bienes o derechos titularidad de la persona con relación a la cual se hubiera acordado el decomiso.

Las autoridades y funcionarios de quienes el Ministerio Fiscal recabase su colaboración vendrán obligadas a prestarla bajo apercibimiento de incurrir en un delito de desobediencia, salvo que las normas que regulen su actividad dispongan otra cosa o fijen límites o restricciones que deban ser atendidos, en cuyo caso trasladarán al fiscal los motivos de su decisión.

2. Cuando el fiscal considere necesario llevar a cabo alguna diligencia de investigación que deba ser autorizada judicialmente, presentará la solicitud al juez o tribunal que hubiera conocido el procedimiento de decomiso.

3. Asimismo, el Ministerio Fiscal podrá dirigirse a las entidades financieras, organismos y registros públicos y personas físicas o jurídicas para que faciliten, en el marco de su normativa específica, la relación de bienes o derechos del ejecutado de los que tengan constancia.

Artículo 803 ter r. Recursos y revisión de la sentencia firme.

1. Son aplicables en el procedimiento de decomiso autónomo las normas reguladoras de los recursos aplicables al proceso penal abreviado.

2. Son aplicables al procedimiento de decomiso autónomo las normas reguladoras de la revisión de sentencias firmes.

Artículo 803 ter s. Incomparecencia del encausado rebelde y del tercero afectado.

La incomparecencia del encausado rebelde y del tercero afectado en el procedimiento de decomiso autónomo se regirá por lo dispuesto en el artículo 803 ter d.

Artículo 803 ter t. Acumulación de solicitud de decomiso contra el encausado rebelde o persona con la capacidad modificada judicialmente en la causa seguida contra otro encausado.

En el supuesto en que la causa seguida contra el encausado rebelde o persona con la capacidad modificada judicialmente continúe para el enjuiciamiento de uno o más encausados, podrá acumularse en la misma causa la acción de decomiso autónomo contra los primeros.

Artículo 803 ter u. Presentación de nueva solicitud de decomiso.

El Ministerio Fiscal podrá solicitar al juez o tribunal que dicte una nueva orden de decomiso cuando:

a) se descubra la existencia de bienes, efectos o ganancias a los que deba extenderse el decomiso pero de cuya existencia o titularidad no se hubiera tenido conocimiento cuando se inició el procedimiento de decomiso, y

b) no se haya resuelto anteriormente sobre la procedencia del decomiso de los mismos.»

Once. Se introduce un nuevo artículo 846 ter con el siguiente contenido:

«1. Los autos que supongan la finalización del proceso por falta de jurisdicción o sobreseimiento libre y las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en primera instancia son recurribles en apelación ante las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia de su territorio y ante la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, respectivamente, que resolverán las apelaciones en sentencia.

2. La Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia y la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional se constituirán con tres magistrados para el conocimiento de los recursos de apelación previstos en el apartado anterior.

3. Los recursos de apelación contra las resoluciones previstas en el apartado 1 de este artículo se regirán por lo dispuesto en los artículos 790, 791 y 792 de esta ley, si bien las referencias efectuadas a los Juzgados de lo Penal se entenderán realizadas al órgano que haya dictado la resolución recurrida y las referencias a las Audiencias al que sea competente para el conocimiento del recurso.»

Doce. Se modifica el artículo 847, que queda redactado del siguiente modo:

«1. Procede recurso de casación:

a) Por infracción de ley y por quebrantamiento de forma contra:

1.º Las sentencias dictadas en única instancia o en apelación por la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia.

2.º Las sentencias dictadas por la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional.

b) Por infracción de ley del motivo previsto en el número 1.º del artículo 849 contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

2. Quedan exceptuadas aquellas que se limiten a declarar la nulidad de las sentencias recaídas en primera instancia.»

Trece. Se modifica el artículo 848, que quedará redactado del siguiente modo:

«Podrán ser recurridos en casación, únicamente por infracción de ley, los autos para los que la ley autorice dicho recurso de modo expreso y los autos definitivos dictados en primera instancia y en apelación por las Audiencias Provinciales o por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional cuando supongan la finalización del proceso por falta de jurisdicción o sobreseimiento libre y la causa se haya dirigido contra el encausado mediante una resolución judicial que suponga una imputación fundada.»

Catorce. Se adiciona un párrafo segundo en el artículo 889, que queda redactado en los siguientes términos:

«**Artículo 889.**

Para denegar la admisión del recurso será necesario que el acuerdo se adopte por unanimidad.

La inadmisión a trámite del recurso de casación en el supuesto previsto en el artículo 847.1.b) podrá acordarse por providencia sucintamente motivada siempre que haya unanimidad por carencia de interés casacional.»

Quince. Se modifica el artículo 954, que queda redactado en los siguientes términos:

«1. Se podrá solicitar la revisión de las sentencias firmes en los casos siguientes:

a) Cuando haya sido condenada una persona en sentencia penal firme que haya valorado como prueba un documento o testimonio declarados después falsos, la confesión del encausado arrancada por violencia o coacción o cualquier otro hecho punible ejecutado por un tercero, siempre que tales extremos resulten declarados por sentencia firme en procedimiento penal seguido al efecto. No será exigible la sentencia condenatoria cuando el proceso penal iniciado a tal fin sea archivado por prescripción, rebeldía, fallecimiento del encausado u otra causa que no suponga una valoración de fondo.

b) Cuando haya recaído sentencia penal firme condenando por el delito de prevaricación a alguno de los magistrados o jueces intervinientes en virtud de alguna resolución recaída en el proceso en el que recayera la sentencia cuya revisión se pretende, sin la que el fallo hubiera sido distinto.

c) Cuando sobre el mismo hecho y encausado hayan recaído dos sentencias firmes.

d) Cuando después de la sentencia sobrevenga el conocimiento de hechos o elementos de prueba, que, de haber sido aportados, hubieran determinado la absolución o una condena menos grave.

e) Cuando, resuelta una cuestión prejudicial por un tribunal penal, se dicte con posterioridad sentencia firme por el tribunal no penal competente para la resolución de la cuestión que resulte contradictoria con la sentencia penal.

2. Será motivo de revisión de la sentencia firme de decomiso autónomo la contradicción entre los hechos declarados probados en la misma y los declarados probados en la sentencia firme penal que, en su caso, se dicte.

3. Se podrá solicitar la revisión de una resolución judicial firme cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución fue dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión.

En este supuesto, la revisión sólo podrá ser solicitada por quien, estando legitimado para interponer este recurso, hubiera sido demandante ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La solicitud deberá formularse en el plazo de un año desde que adquiera firmeza la sentencia del referido Tribunal.»

Dieciséis. Se modifica el apartado 1 del artículo 964, que queda redactado del siguiente modo:

«1. En los supuestos no contemplados por el artículo 962, cuando la Policía Judicial tenga noticia de un hecho que presente los caracteres de algún delito leve, formará de manera inmediata el correspondiente atestado que remitirá sin dilación al Juzgado de guardia salvo para aquellos supuestos exceptuados en el artículo 284 de esta ley. Dicho atestado recogerá las diligencias practicadas, así como el ofrecimiento de acciones al ofendido o perjudicado, practicado conforme a los artículos 109, 110 y 967, y la designación, si disponen de ellos, de una dirección de correo electrónico y un número de teléfono a los que serán remitidas las comunicaciones y notificaciones que deban realizarse. Si no los pudieran facilitar o lo solicitaren expresamente, las notificaciones les serán remitidas por correo ordinario al domicilio que designen.»

Diecisiete. Se adiciona un nuevo párrafo al artículo 985, que queda redactado del siguiente modo:

«Artículo 985.

La ejecución de las sentencias en causas por delito corresponde al Tribunal que haya dictado la que sea firme.

La ejecución de las sentencias recaídas en el proceso por aceptación de decreto, cuando el delito sea leve, corresponde al juzgado que la hubiera dictado.»

Dieciocho. Se incorpora una nueva disposición adicional quinta con la siguiente redacción:

«Disposición adicional quinta. Oficina de Recuperación y Gestión de Activos.

1. La Oficina de Recuperación y Gestión de Activos es el órgano administrativo al que corresponden las funciones de localización, recuperación, conservación, administración y realización de efectos procedentes de actividades delictivas en los términos previstos en la legislación penal y procesal.

Cuando sea necesario para el desempeño de sus funciones y realización de sus fines, la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos podrá recabar la colaboración de cualesquiera entidades públicas y privadas, que estarán obligadas a prestarla de conformidad con su normativa específica.

2. Los recursos que se encomienden a la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos con anterioridad a que se dicte resolución judicial firme de decomiso se podrán gestionar a través de la cuenta de depósitos y consignaciones judiciales cuando se trate del dinero resultante del embargo o la realización anticipada de los efectos. Para los restantes bienes, en atención a las circunstancias, la Oficina podrá gestionarlos de cualquiera de las formas previstas en la legislación aplicable a las Administraciones Públicas. Los intereses del dinero y los rendimientos y frutos de los bienes se destinarán a satisfacer los costes de gestión, incluyendo los que correspondan a la Oficina; la cantidad restante se conservará a resultas de lo que se disponga mediante resolución judicial firme de decomiso.

Cuando recaiga resolución judicial firme de decomiso, los recursos obtenidos serán objeto de realización y la cantidad obtenida se aplicará en la forma prevista en el artículo 367 quinquies de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La cantidad restante, así como el producto obtenido por la gestión de los bienes durante el proceso, se transferirá al Tesoro como ingreso de derecho público, del que una vez deducidos los gastos de funcionamiento y gestión de la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos, dotados en

el Presupuesto del Ministerio de Justicia, se afecta hasta un 50 por ciento a la satisfacción de los fines señalados en el apartado siguiente. Estos ingresos generarán crédito en el presupuesto del Ministerio de Justicia, de acuerdo con lo establecido en la Ley General Presupuestaria.

Los costes de gestión y los gastos previstos en los párrafos anteriores podrán estimarse de la forma en que se determine reglamentariamente.

3. Son fines propios de los recursos obtenidos por la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos como consecuencia de las resoluciones judiciales de decomiso los siguientes:

- a) el apoyo a programas de atención a víctimas del delito, incluido el impulso y dotación de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas,
- b) el apoyo a los programas sociales orientados a la prevención del delito y el tratamiento del delincuente,
- c) la intensificación y mejora de las actuaciones de prevención, investigación, persecución y represión de delitos,
- d) la cooperación internacional en la lucha contra las formas graves de criminalidad,
- e) y los que puedan determinarse reglamentariamente.

4. En la Ley de Presupuestos Generales del Estado de cada año se determinará el porcentaje objeto de afectación a los fines señalados en esta disposición. Los criterios para la distribución de los recursos afectados serán fijados anualmente mediante acuerdo del Consejo de Ministros.»

Diecinueve. Se incorpora una nueva disposición adicional sexta con la siguiente redacción:

«Disposición adicional sexta. Procedimiento.

Sin perjuicio de lo establecido para los procesos especiales, los delitos que alternativa o conjuntamente estén castigados con una pena leve y otra menos grave se sustanciarán por el procedimiento abreviado o, en su caso, por el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos o por el proceso por aceptación de decreto.»

Disposición adicional única. Previsión de costes.

Las medidas incluidas en esta norma no podrán suponer incremento de dotaciones de personal, ni de retribuciones, ni de otros gastos de personal.

Disposición transitoria única. Legislación aplicable.

1. Esta ley se aplicará a los procedimientos penales incoados con posterioridad a su entrada en vigor.

2. El artículo 954 se aplicará también a las sentencias que adquieran firmeza tras su entrada en vigor.

El supuesto previsto en el apartado 3 del artículo 954 se aplicará a las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que adquieran firmeza tras su entrada en vigor.

3. El artículo 324 se aplicará a los procedimientos que se hallen en tramitación a la entrada en vigor de esta ley. A tales efectos, se considerará el día de entrada en vigor como día inicial para el cómputo de los plazos máximos de instrucción que se fijan en la presente ley.

Disposición derogatoria única. Derogación de normas.

Quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta ley.

Disposición final primera. Modificación de la Ley Hipotecaria.

Se modifica el párrafo séptimo del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, que queda redactado en los siguientes términos:

«No podrá tomarse anotación de demanda, embargo o prohibición de disponer, ni cualquier otra prevista en la ley, si el titular registral es persona distinta de aquella contra la cual se ha dirigido el procedimiento. En los procedimientos criminales y en los de decomiso podrá tomarse anotación de embargo preventivo o de prohibición de disponer de los bienes, como medida cautelar, cuando a juicio del juez o tribunal existan indicios racionales de que el verdadero titular de los mismos es el encausado, haciéndolo constar así en el mandamiento.»

Disposición final segunda. Título competencial.

Esta ley se dicta al amparo de la competencia que al Estado atribuye en exclusiva el artículo 149.1.6.^a de la Constitución Española en materia de legislación procesal.

La disposición final primera se dicta al amparo de las competencias exclusivas del artículo 149.1.8.^a de la Constitución Española en materia ordenación de los registros e instrumentos públicos.

Disposición final tercera. Incorporación de Derecho de la Unión Europea.

Mediante esta ley se incorpora al Derecho español la Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea.

Disposición final cuarta. Entrada en vigor.

La presente ley entrará en vigor a los dos meses de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Por tanto,

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta ley.

Madrid, 5 de octubre de 2015.

Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica⁴

FELIPE VI

REY DE ESPAÑA

A todos los que la presente vieren y entendieren.

Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente ley orgánica:

PREÁMBULO

I

La propuesta de Código Procesal Penal presentada por la Comisión Institucional para la elaboración de un texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal, constituida por Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012, actualmente sometida a información pública y debate, plantea un cambio radical del sistema de justicia penal cuya implantación requiere un amplio consenso. En tanto dicho debate se mantiene, en la confianza de encontrar el máximo concierto posible sobre el nuevo modelo procesal penal, resulta preciso afrontar de inmediato ciertas cuestiones que no pueden aguardar a ser resueltas con la promulgación del nuevo texto normativo que sustituya a la más que centenaria Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Entre dichas cuestiones se encuentran el fortalecimiento de los derechos procesales de conformidad con las exigencias del Derecho de la Unión Europea y la regulación de las medidas de investigación tecnológica en el ámbito de los derechos a la intimidad, al secreto de las comunicaciones y a la protección de datos personales garantizados por la Constitución.

II

Al regular estas materias, esta ley incide directamente en los artículos 18 y 24 de la Constitución Española, ya que introduce cambios jurídicos, sustantivos y procesales, que afectan al ámbito propio de la ley orgánica, en cuanto que desarrolla derechos fundamentales y libertades públicas recogidos en este precepto constitucional.

A lo largo de todos estos años no ha existido un criterio común que sirviese de fundamento para determinar qué contenidos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal debían estar sujetos a la reserva de ley orgánica, diferenciándolos de aquellos otros cuya

⁴ Esta ley orgánica ha sido publicada en el Boletín Oficial del Estado con fecha de 6 de octubre y entra en vigor el 6 de diciembre de 2015, excepto los apartados 1 y 3 a 6 del art. Único, que lo harán el 1 de noviembre de 2015. Puede consultarse el texto consolidado de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a la que afectan esta y otras reformas, [aquí](#).

regulación debía llevarse a cabo mediante ley ordinaria. En muchas ocasiones, preceptos procedimentales fueron elevados de rango: unas veces en aplicación de lo que el Tribunal Constitucional ha denominado «materias conexas», es decir, aquellas «que en atención a razones de conexión temática o de sistematicidad o de buena política legislativa considere oportuno incluir junto a las materias reservadas a la ley orgánica» (STC 5/1981); en otras, por afectar a leyes que específicamente han de tener naturaleza orgánica, como lo es el caso de la Ley Orgánica del Poder Judicial o el Código Penal.

A mayor abundamiento, no puede desconocerse que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el desarrollo legal de algunos derechos fundamentales y la delimitación de su contenido esencial ha sufrido variaciones a lo largo de todos estos años con inevitable incidencia en aquellas regulaciones que, por sus contenidos, deben incluirse en la reserva del artículo 81.1 de la Constitución.

La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que ahora se impulsa comprende medidas que desarrollan derechos fundamentales y otras de naturaleza estrictamente procesal. Dado que las segundas no constituyen en puridad un complemento necesario de las materias orgánicas, se considera preferible su tramitación a través de normas independientes de distinto rango.

Por todo ello, se ha optado porque la iniciativa legislativa que se centra en previsiones de naturaleza orgánica, como las que ocupan esta ley (reforzamiento de los derechos procesales de los encausados y de los detenidos o presos, y regulación de las medidas de investigación limitativas del artículo 18 de la Constitución), se regulen en una norma *ad hoc* de rango orgánico.

III

Resulta necesario transponer en el ordenamiento interno la Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad. Para ello se modifican los artículos 118, 509, 520 y 527 y se introduce un nuevo artículo 520 ter en la Ley de Enjuiciamiento Criminal con la introducción de las previsiones que el Derecho de la Unión Europea requiere, entre las que destaca el régimen de asistencia de abogado al detenido.

El derecho a la asistencia letrada en los procesos penales, el derecho a que se informe de la privación de libertad a un tercero y el derecho a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad se fundamentan en lo dispuesto en los artículos 3, 5, 6 y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, según la interpretación efectuada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Las modificaciones introducidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal facilitarán la aplicación de estos derechos, garantizando aspectos fundamentales de la defensa en el proceso penal.

Por esta razón, se modifica el actual artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el que se regula el derecho de defensa, reconociéndose de forma clara y precisa que toda persona a la que se atribuya la comisión de un acto punible, podrá ejercitar su derecho de defensa, sin más limitaciones que las previstas en la ley, fijándose como marco temporal para el ejercicio de este derecho desde la atribución del hecho punible investigado hasta la misma extinción de la pena. Es contenido esencial del derecho de defensa la asistencia de un abogado de libre designación o, en su defecto, de un abogado de oficio, con el que podrá comunicarse y entrevistarse reservadamente en cualquier momento desde que se le atribuya la realización de un hecho punible y que estará presente en todas sus declaraciones y en cuantas diligencias de reconocimiento, careo o reconstrucción de hecho se practiquen.

Especial mención requiere la cuestión relativa al reconocimiento de la confidencialidad de las comunicaciones entre el investigado o encausado y su abogado, que podrá ser limitada cuando concurren determinadas circunstancias, como la presencia de indicios objetivos de la participación del abogado en el hecho delictivo investigado.

Todos los derechos del investigado o encausado se facilitarán en lenguaje comprensible y adaptado a las circunstancias personales del destinatario, teniendo en cuenta la edad, grado de madurez o discapacidad.

Cuando se trata de personas que han sido detenidas o privadas de libertad, estos derechos se recogen en el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que se adapta de forma rigurosa a las exigencias de la normativa europea, haciendo mención expresa, entre otros, al derecho del detenido a designar abogado con el que podrá entrevistarse reservadamente, incluso antes de que se le reciba declaración por la policía, el fiscal o la autoridad judicial. En caso de que, debido a la lejanía geográfica, no sea posible la inmediata asistencia de letrado, se facilitará al detenido comunicación telefónica o por videoconferencia con aquél, salvo que dicha comunicación sea imposible. También se regula el derecho a poner en conocimiento de un familiar su privación de libertad, el derecho a comunicarse telefónicamente con un tercero de su elección y el derecho a comunicarse con las autoridades consulares, en caso de detenidos o presos extranjeros.

En este precepto, a fin de completar el estatuto del investigado detenido, se establece la obligación de que el atestado policial refleje el lugar y hora de la detención y de la puesta a disposición judicial o en libertad. Con la finalidad de asegurar los derechos constitucionales al honor, intimidad e imagen del detenido, siguiendo la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que exige que la detención sea respetuosa con la dignidad humana y que no constituya un gravamen mayor que el que de por sí implica la propia detención, se ha llevado al texto legal la obligación de que quienes la acuerden, así como los encargados de practicarla, velen por esos derechos, como de hecho ya recordaban Instrucciones de la Fiscalía General del Estado y del Ministerio del Interior. Dicha protección no puede perder de vista, sin embargo, el respeto al derecho fundamental a la información, en los términos establecidos en el

artículo 20 de la Constitución y según la doctrina del Tribunal Constitucional, como manifestación del Estado de Derecho.

La denominada «prisión incomunicada» también ha sido objeto de revisión en la presente reforma, al objeto de adecuarla a las exigencias del Derecho de la Unión Europea. La nueva regulación del artículo 527 permite aplicar esta modalidad de detención cuando concurren los presupuestos legalmente previstos de acuerdo con la nueva redacción dada al artículo 509. Además, se faculta al juez para limitar algunos derechos según las necesidades de cada caso, sin que esta restricción opere automática e indiferenciadamente respecto de todos, y por el tiempo estrictamente imprescindible.

En relación a los menores, se comunicará el hecho y el lugar de custodia lo antes posible a quienes ejerzan la patria potestad, la tutela o la guarda de hecho de aquellos, y serán puestos a disposición de las Secciones de Menores de la Fiscalía. En caso de existir un conflicto de intereses entre los menores y aquellos que ejerzan la patria potestad, tutela o guarda de hecho, se le nombrará un defensor judicial al que le será suministrada aquella información.

En el caso de las personas con la capacidad modificada judicialmente, se informará a quienes ejerzan la tutela o guarda de hecho de aquellas, y se dará cuenta de ello al Ministerio Fiscal.

Por último, se introduce una regla específica para las detenciones en espacios marinos alejados del territorio español, dando respuesta a las situaciones que venían produciéndose ante la falta de previsión legal para estos supuestos.

IV

La Ley de Enjuiciamiento Criminal no ha podido sustraerse al paso del tiempo. Renovadas formas de delincuencia ligadas al uso de las nuevas tecnologías han puesto de manifiesto la insuficiencia de un cuadro normativo concebido para tiempos bien distintos. Los flujos de información generados por los sistemas de comunicación telemática advierten de las posibilidades que se hallan al alcance del delincuente, pero también proporcionan poderosas herramientas de investigación a los poderes públicos. Surge así la necesidad de encontrar un delicado equilibrio entre la capacidad del Estado para hacer frente a una fenomenología criminal de nuevo cuño y el espacio de exclusión que nuestro sistema constitucional garantiza a cada ciudadano frente a terceros. Por muy meritorio que haya sido el esfuerzo de jueces y tribunales para definir los límites del Estado en la investigación del delito, el abandono a la creación jurisprudencial de lo que ha de ser objeto de regulación legislativa ha propiciado un déficit en la calidad democrática de nuestro sistema procesal, carencia que tanto la dogmática como instancias supranacionales han recordado. Recientemente, el Tribunal Constitucional ha apuntado el carácter inaplazable de una regulación que aborde las intromisiones en la privacidad del investigado en un proceso penal. Hoy por hoy, carecen de cobertura y su subsanación no puede obtenerse acudiendo a un voluntarista expediente de integración analógica que desborda los límites de lo constitucionalmente aceptable. Solo así se podrá evitar la incidencia negativa que el actual estado de cosas está proyectando en

relación con algunos de los derechos constitucionales que pueden ser objeto de limitación en el proceso penal.

La detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica se actualiza en un nuevo artículo 579, donde se acota su ámbito material de aplicación, al tiempo que se regulan los plazos máximos de duración y las excepciones a la necesidad de autorización judicial de acuerdo con una consolidada doctrina jurisprudencial. En particular y en cuanto al primero de los aspectos destacados, la reforma opta, frente a otros modelos comparados que acogen una enumeración casuística de los delitos que autorizan este medio de investigación, por exigir la concurrencia, no cumulativa, de cualquiera de los tres requisitos que se definen en el apartado 1 de este artículo y servirán de referencia para fijar el ámbito de aplicación de otras medidas de investigación. El primero de ellos opera como una limitación genérica, de carácter cuantitativo, ligada a la gravedad de la pena: delitos dolosos castigados con pena con límite máximo superior a los tres años de prisión. Junto a este presupuesto se añaden otros dos: que se esté en presencia de delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal, o que se trate de delitos de terrorismo. Se introduce un nuevo artículo 579 bis relativo a la utilización del resultado de esta diligencia en otro proceso penal distinto, en particular en cuanto al tratamiento de los denominados «hallazgos casuales» y a la continuación de la medida, en aquel otro proceso, para lo que se requerirá un nuevo auto judicial que convalide esta situación. Esta previsión servirá de pauta para el resto de medidas de investigación tecnológica.

Las demás medidas de investigación tecnológica son objeto de atención en los Capítulos V a VII del Título VIII del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y a todas ellas resultan de aplicación las disposiciones comunes introducidas en el Capítulo IV. Se ha reordenado la sistemática tradicional de ese título con el fin de dar cabida a la inaplazable regulación de esta materia. Se aprovecha así un esquema formal histórico que, pese a los problemas prácticos derivados de su obsolescencia, cuenta con la ventaja de haber sido objeto de frecuente atención por parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Se ha estimado oportuna la proclamación normativa de los principios que el Tribunal Constitucional ha definido como determinantes de la validez del acto de injerencia. Toda medida deberá responder al principio de especialidad. Ello exige que la actuación de que se trate tenga por objeto el esclarecimiento de un hecho punible concreto, prohibiéndose pues las medidas de investigación tecnológica de naturaleza prospectiva, de acuerdo con el concepto que informa la doctrina emanada del máximo intérprete de la Constitución, por todas la sentencia 253/2006, de 11 de septiembre. Las medidas de investigación tecnológica deben además satisfacer los principios de idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad, cuya concurrencia debe encontrarse suficientemente justificada en la resolución judicial habilitadora, donde el juez determinará la naturaleza y extensión de la medida en relación con la investigación concreta y con los resultados esperados.

La reforma ha considerado adecuado no abandonar los aspectos formales de la solicitud y del contenido de la resolución judicial habilitante. La práctica forense no es ajena a casos de solicitudes policiales y de ulteriores resoluciones judiciales que adolecen de un laconismo argumental susceptible de vulnerar el deber constitucional de motivación. A evitar ese efecto se orienta la minuciosa regulación del contenido de esa solicitud, así como de la resolución judicial que, en su caso, habilite la medida de injerencia. Las disposiciones comunes se extienden igualmente a las demás cuestiones de forma, tales como la solicitud de prórroga, las reglas generales de duración, el secreto, el control de la medida, la afectación a terceras personas, la utilización de información en procedimiento distinto, el cese de la medida o la destrucción de registros. Cada diligencia modulará algunos de estos aspectos y se regirá por reglas específicas propias de su propia particularidad.

En relación con la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, en la determinación del ámbito material de aplicación, se sigue el mismo criterio ya evidenciado más arriba por remisión, aunque se suman a la lista de delitos los cometidos por medio de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la telecomunicación.

En la nueva regulación se confiere sustantividad propia a otras formas de comunicación telemática que han carecido de tratamiento normativo en la ley procesal. Las dificultades asociadas a ese vacío se han visto multiplicadas en la práctica por una interpretación jurisprudencial de la legislación llamada a reglar la obligación de las operadoras de conservar los datos generados por las comunicaciones electrónicas, que ha degradado los muy extendidos instrumentos de comunicación telemática –por ejemplo, los mensajes de SMS o el correo electrónico– a la condición de aspectos accesorios, de obligado sacrificio siempre que se adopte una decisión jurisdiccional de intervención telefónica. Frente a esta concepción, el nuevo texto autoriza la intervención y registro de las comunicaciones de cualquier clase que se realicen a través del teléfono o de cualquier otro medio o sistema de comunicación telemática, lógica o virtual. Pero somete la interceptación de todas ellas –en su propia y diferenciada instrumentalidad– a los principios generales que el texto proclama. Se pretende con ello que sea el propio juez, ponderando la gravedad del hecho que está siendo objeto de investigación, el que determine el alcance de la injerencia del Estado en las comunicaciones particulares. La resolución habilitante, por tanto, deberá precisar el ámbito objetivo y subjetivo de la medida. Es decir, tendrá que motivar, a la luz de aquellos principios, si el sacrificio de las comunicaciones telefónicas no es suficiente y si la investigación exige, además, la interceptación de los SMS, MMS o cualquier otra forma de comunicación telemática de carácter bidireccional.

Se establece un plazo de tres meses como duración máxima inicial de la intervención, plazo que es susceptible de ampliación y prórroga, previa petición razonada por períodos sucesivos de igual duración, hasta un máximo temporal de dieciocho meses, siempre que subsistan las causas que motivaron aquella. De esta forma se busca un equilibrio entre la necesidad de valerse de estas diligencias para la investigación de los delitos más graves para la sociedad y la importancia de definir unos

límites cronológicos que no prolonguen de forma innecesaria la interferencia de los poderes públicos en la privacidad de los ciudadanos afectados por la medida.

Con el fin de asegurar la autenticidad e integridad de los soportes puestos a disposición del juez, se impone la utilización de un sistema de sellado o firma electrónica que garantice la información volcada desde el sistema central. Esta medida es paralela a la exigida en otros órdenes jurisdiccionales para la plena validez de los documentos aportados al proceso en formato electrónico y acoge una línea jurisprudencial de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Se completa la regulación con un precepto destinado a fijar los términos del borrado y eliminación de las grabaciones originales, una vez se ponga término al procedimiento. Se pretende con ello evitar toda difusión de un material que, por su propio contenido, podría dañar de forma irreparable la intimidad del afectado.

En la investigación de algunos hechos delictivos, la incorporación al proceso de los datos electrónicos de tráfico o asociados puede resultar de una importancia decisiva. La reforma acoge el criterio fijado por la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, e impone la exigencia de autorización judicial para su cesión a los agentes facultados, siempre que se trate de datos vinculados a procesos de comunicación. Su incorporación al proceso solo se autoriza cuando se trate de la investigación de un delito que, por razones vinculadas al principio de proporcionalidad, sea de los que justifican el sacrificio de la inviolabilidad de las comunicaciones. Se da un tratamiento jurídico individualizado al acceso por agentes de policía al IMSI, IMEI, dirección IP y otros elementos de identificación de una determinada tarjeta o terminal, en consonancia con una jurisprudencia del Tribunal Supremo ya consolidada sobre esta materia. También se regula el supuesto de la cesión de datos desvinculados de los procesos de comunicación concernientes a la titularidad o identificación de un dispositivo electrónico, a los que podrá acceder el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial en el ejercicio de sus funciones sin necesidad de autorización judicial.

La experiencia demuestra que, en la investigación de determinados delitos, la captación y grabación de comunicaciones orales abiertas mediante el empleo de dispositivos electrónicos puede resultar indispensable. Se trata de una materia hasta ahora ausente de la regulación del proceso penal y cuyo alcance se aborda con sujeción a dos ideas clave. La primera, la exigencia de que sea el juez de instrucción el que legitime el acto de injerencia; la segunda, la necesidad de que los principios rectores de especialidad, excepcionalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad actúen como elementos de justificación de la medida. Esta medida solo podrá acordarse para encuentros concretos que vaya a mantener el investigado, debiéndose identificar con precisión el lugar o dependencias sometidos a vigilancia. Por tanto, no caben autorizaciones de captación y grabación de conversaciones orales de carácter general o indiscriminadas, y, en consecuencia, el dispositivo de escucha y, en su caso, las cámaras a él asociadas, deberán desactivarse tan pronto finalice la conversación cuya captación fue permitida, como se desprende del artículo 588 quater c.

La reforma aborda también la regulación de la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento y localización. La incidencia que en la intimidad de cualquier persona puede tener el conocimiento por los poderes públicos de su ubicación espacial, hace que la autorización para su práctica se atribuya al juez de instrucción. En el mismo capítulo se habilita la grabación de la imagen en espacio público sin necesidad de autorización judicial, en la medida en que no se produce afectación a ninguno de los derechos fundamentales del artículo 18 de nuestro texto constitucional.

La ley pretende acabar con otro vacío normativo. Se trata del registro de dispositivos informáticos de almacenamiento masivo y el registro remoto de equipos informáticos. Respecto del primero de ellos, la reforma descarta cualquier duda acerca de que esos instrumentos de comunicación y, en su caso, almacenamiento de información son algo más que simples piezas de convicción. De ahí la exigente regulación respecto del acceso a su contenido. Por lo que afecta al registro remoto – diligencia ya presente en buena parte de las legislaciones europeas–, el intenso grado de injerencia que implica su adopción justifica que incluso se refuerce el ámbito objetivo de la medida, para lo que se han acotado con un listado *numerus clausus* los delitos que la pueden habilitar, y a que se limite la duración temporal, habiéndose optado por una duración de un mes prorrogable como máximo por iguales periodos de tiempo hasta los tres meses.

Finalmente y por lo que se refiere a las diligencias de investigación tecnológica, la reforma contempla como medida de aseguramiento la orden de conservación de datos, cuyo fin es garantizar la preservación de los datos e informaciones concretas de toda clase que se encuentren almacenados en un sistema informático hasta que se obtenga la autorización judicial correspondiente para su cesión. De este modo su posterior aportación como medio de prueba o, en su caso, su análisis forense no se verá frustrado por la desaparición, alteración o deterioro de unos elementos inherentemente volátiles. Esta norma toma como referencia el artículo 16 del Convenio sobre la Ciberdelincuencia, de 23 de noviembre de 2001, ratificado por España el 20 de mayo de 2010, y se establece un plazo máximo de vigencia de la orden de noventa días prorrogable hasta que se autorice la cesión o se cumplan ciento ochenta días.

Resulta ocioso explicar la importancia del denominado agente encubierto a efectos de la persecución de determinadas modalidades delictivas. Pues bien, íntimamente relacionado con las anteriores medidas de investigación tecnológica, la reforma actualiza el uso de tales recursos por el agente encubierto en las tareas que tiene encomendadas. En concreto, de una parte se prevé la posibilidad de que los agentes encubiertos puedan obtener imágenes y grabar conversaciones, siempre que recaben específicamente una autorización judicial para ello; y de otra, se regula la figura del agente encubierto informático, que requiere autorización judicial para actuar en canales cerrados de comunicación (puesto que en los canales abiertos, por su propia naturaleza, no es necesaria) y que a su vez, requerirá una autorización especial (sea en la misma resolución judicial, con motivación separada y suficiente, sea en otra distinta) para intercambiar o enviar archivos ilícitos por razón de su contenido en el curso de una investigación.

V

La reforma también tiene por objeto adaptar el lenguaje de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a los tiempos actuales y, en particular, eliminar determinadas expresiones usadas de modo indiscriminado en la ley, sin ningún tipo de rigor conceptual, tales como imputado, con la que se alude a la persona sobre la que tan sólo recaen meras sospechas y por ello resulta investigado, pero respecto de la cual no existen suficientes indicios para que se le atribuya judicial y formalmente la comisión de un hecho punible. A tal fin se convocó la Comisión para la Claridad del Lenguaje Jurídico, cuyas recomendaciones fueron tenidas en cuenta en la redacción de los preceptos de esta ley. Entre sus conclusiones se encuentra la necesidad de evitar las connotaciones negativas y estigmatizadoras de esa expresión, acomodando el lenguaje a la realidad de lo que acontece en cada una de las fases del proceso penal, razones que han de llevarnos a la sustitución del vocablo imputado por otros más adecuados, como son investigado y encausado, según la fase procesal. La reforma ha hecho suyas esas conclusiones. Y así, el primero de esos términos servirá para identificar a la persona sometida a investigación por su relación con un delito; mientras que con el término encausado se designará, de manera general, a aquél a quien la autoridad judicial, una vez concluida la instrucción de la causa, imputa formalmente el haber participado en la comisión de un hecho delictivo concreto. Sin perjuicio de que a lo largo de esta ley se ha procedido ya de acuerdo con semejante ajuste conceptual y terminológico, en el apartado veinte se efectúa la oportuna sustitución de los términos mencionados respecto del resto del articulado de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En todo caso, esta sustitución no afecta a otras nomenclaturas empleadas para definir al investigado o encausado por su relación con la situación procesal en que se encuentra. Así, se mantienen los términos «acusado» o «procesado», que podrán ser empleados de forma indistinta al de «encausado» en las fases oportunas.

VI

Las normas previstas en esta ley serán aplicables a todos los procedimientos penales que se incoen con posterioridad a su entrada en vigor. No obstante y a fin de que las garantías previstas, relativas al estatuto del investigado y detenido y medidas de investigación tecnológica, sean inmediatamente operativas en los procedimientos en curso, se dispone que tales garantías presidan también las diligencias policiales y fiscales, resoluciones y actuaciones judiciales que se acuerden tras su entrada en vigor. Ello en modo alguno supondrá que se pueda cuestionar la validez de las resoluciones adoptadas o actuaciones practicadas con anterioridad y conforme a la legalidad entonces vigente.

Artículo único. Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal se modifica en los siguientes términos:

Uno. Se modifica el artículo 118, que queda redactado como sigue:

«Artículo 118.

1. Toda persona a quien se atribuya un hecho punible podrá ejercitar el derecho de defensa, interviniendo en las actuaciones, desde que se le comunique su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquier otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá, sin demora injustificada, de los siguientes derechos:

- a) Derecho a ser informado de los hechos que se le atribuyan, así como de cualquier cambio relevante en el objeto de la investigación y de los hechos imputados. Esta información será facilitada con el grado de detalle suficiente para permitir el ejercicio efectivo del derecho de defensa.
- b) Derecho a examinar las actuaciones con la debida antelación para salvaguardar el derecho de defensa y en todo caso, con anterioridad a que se le tome declaración.
- c) Derecho a actuar en el proceso penal para ejercer su derecho de defensa de acuerdo con lo dispuesto en la ley.
- d) Derecho a designar libremente abogado, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 a) del artículo 527.
- e) Derecho a solicitar asistencia jurídica gratuita, procedimiento para hacerlo y condiciones para obtenerla.
- f) Derecho a la traducción e interpretación gratuitas de conformidad con lo dispuesto en los artículos 123 y 127.
- g) Derecho a guardar silencio y a no prestar declaración si no desea hacerlo, y a no contestar a alguna o algunas de las preguntas que se le formulen.
- h) Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.

La información a que se refiere este apartado se facilitará en un lenguaje comprensible y que resulte accesible. A estos efectos se adaptará la información a la edad del destinatario, su grado de madurez, discapacidad y cualquier otra circunstancia personal de la que pueda derivar una modificación de la capacidad para entender el alcance de la información que se le facilita.

2. El derecho de defensa se ejercerá sin más limitaciones que las expresamente previstas en la ley desde la atribución del hecho punible investigado hasta la extinción de la pena.

El derecho de defensa comprende la asistencia letrada de un abogado de libre designación o, en su defecto, de un abogado de oficio, con el que podrá comunicarse y entrevistarse reservadamente, incluso antes de que se le reciba declaración por la policía, el fiscal o la autoridad judicial, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 527 y que estará presente en todas sus declaraciones así como en las diligencias de reconocimiento, careos y reconstrucción de hechos.

3. Para actuar en el proceso, las personas investigadas deberán ser representadas por procurador y defendidas por abogado, designándoseles de oficio cuando no los hubiesen nombrado por sí mismos y lo solicitaren, y en todo caso, cuando no tuvieran aptitud legal para hacerlo.

Si no hubiesen designado procurador o abogado, se les requerirá para que lo hagan o se les nombrará de oficio si, requeridos, no los nombrasen, cuando la causa llegue a estado

en que se necesite el consejo de aquéllos o haya de intentar algún recurso que hiciese indispensable su actuación.

4. Todas las comunicaciones entre el investigado o encausado y su abogado tendrán carácter confidencial.

Si estas conversaciones o comunicaciones hubieran sido captadas o intervenidas durante la ejecución de alguna de las diligencias reguladas en esta ley, el juez ordenará la eliminación de la grabación o la entrega al destinatario de la correspondencia detenida, dejando constancia de estas circunstancias en las actuaciones.

Lo dispuesto en el párrafo primero no será de aplicación cuando se constate la existencia de indicios objetivos de la participación del abogado en el hecho delictivo investigado o de su implicación junto con el investigado o encausado en la comisión de otra infracción penal, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley General Penitenciaria.

5. La admisión de denuncia o querrela, y cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito contra persona o personas determinadas, serán puestas inmediatamente en conocimiento de los presuntamente responsables.»

Dos. Se añaden dos nuevos apartados 6 y 7 al artículo 282 bis con la siguiente redacción:

«6. El juez de instrucción podrá autorizar a funcionarios de la Policía Judicial para actuar bajo identidad supuesta en comunicaciones mantenidas en canales cerrados de comunicación con el fin de esclarecer alguno de los delitos a los que se refiere el apartado 4 de este artículo o cualquier delito de los previstos en el artículo 588 ter a.

El agente encubierto informático, con autorización específica para ello, podrá intercambiar o enviar por sí mismo archivos ilícitos por razón de su contenido y analizar los resultados de los algoritmos aplicados para la identificación de dichos archivos ilícitos.

7. En el curso de una investigación llevada a cabo mediante agente encubierto, el juez competente podrá autorizar la obtención de imágenes y la grabación de las conversaciones que puedan mantenerse en los encuentros previstos entre el agente y el investigado, aun cuando se desarrollen en el interior de un domicilio.»

Tres. Se modifican los apartados 1 y 2, y se introduce un nuevo apartado 4 al artículo 509, que quedan redactados como sigue:

«1. El juez de instrucción o tribunal podrá acordar excepcionalmente, mediante resolución motivada, la detención o prisión incomunicadas cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) necesidad urgente de evitar graves consecuencias que puedan poner en peligro la vida, la libertad o la integridad física de una persona, o

b) necesidad urgente de una actuación inmediata de los jueces de instrucción para evitar comprometer de modo grave el proceso penal.

2. La incomunicación durará el tiempo estrictamente necesario para practicar con urgencia diligencias tendentes a evitar los peligros a que se refiere el apartado anterior. La incomunicación no podrá extenderse más allá de cinco días. En los casos en que la prisión se acuerde en causa por alguno de los delitos a que se refiere el artículo 384 bis u otros

delitos cometidos concertadamente y de forma organizada por dos o más personas, la incomunicación podrá prorrogarse por otro plazo no superior a cinco días.»

«4. En ningún caso podrán ser objeto de detención incomunicada los menores de dieciséis años.»

Cuatro. Se da nueva redacción a los apartados 1, 2, 3, 4, 5, 6 del artículo 520 y se introducen nuevos apartados 2 bis, 7 y 8 en este mismo precepto, que tendrán el siguiente contenido:

«1. La detención y la prisión provisional deberán practicarse en la forma que menos perjudique al detenido o preso en su persona, reputación y patrimonio. Quienes acuerden la medida y los encargados de practicarla así como de los traslados ulteriores, velarán por los derechos constitucionales al honor, intimidad e imagen de aquéllos, con respeto al derecho fundamental a la libertad de información.

La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos. Dentro de los plazos establecidos en la presente Ley, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.

En el atestado deberá reflejarse el lugar y la hora de la detención y de la puesta a disposición de la autoridad judicial o en su caso, de la puesta en libertad.

2. Toda persona detenida o presa será informada por escrito, en un lenguaje sencillo y accesible, en una lengua que comprenda y de forma inmediata, de los hechos que se le atribuyan y las razones motivadoras de su privación de libertad, así como de los derechos que le asisten y especialmente de los siguientes:

a) Derecho a guardar silencio no declarando si no quiere, a no contestar alguna o algunas de las preguntas que le formulen, o a manifestar que sólo declarará ante el juez.

b) Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.

c) Derecho a designar abogado, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1.a) del artículo 527 y a ser asistido por él sin demora injustificada. En caso de que, debido a la lejanía geográfica no sea posible de inmediato la asistencia de letrado, se facilitará al detenido comunicación telefónica o por videoconferencia con aquél, salvo que dicha comunicación sea imposible.

d) Derecho a acceder a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad.

e) Derecho a que se ponga en conocimiento del familiar o persona que desee, sin demora injustificada, su privación de libertad y el lugar de custodia en que se halle en cada momento. Los extranjeros tendrán derecho a que las circunstancias anteriores se comuniquen a la oficina consular de su país.

f) Derecho a comunicarse telefónicamente, sin demora injustificada, con un tercero de su elección. Esta comunicación se celebrará en presencia de un funcionario de policía o, en su caso, del funcionario que designen el juez o el fiscal, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 527.

g) Derecho a ser visitado por las autoridades consulares de su país, a comunicarse y a mantener correspondencia con ellas.

h) Derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete, cuando se trate de extranjero que no comprenda o no hable el castellano o la lengua oficial de la actuación de que se trate, o de personas sordas o con discapacidad auditiva, así como de otras personas con dificultades del lenguaje.

i) Derecho a ser reconocido por el médico forense o su sustituto legal y, en su defecto, por el de la institución en que se encuentre, o por cualquier otro dependiente del Estado o de otras Administraciones Públicas.

j) Derecho a solicitar asistencia jurídica gratuita, procedimiento para hacerlo y condiciones para obtenerla.

Asimismo, se le informará del plazo máximo legal de duración de la detención hasta la puesta a disposición de la autoridad judicial y del procedimiento por medio del cual puede impugnar la legalidad de su detención.

Cuando no se disponga de una declaración de derechos en una lengua que comprenda el detenido, se le informará de sus derechos por medio de un intérprete tan pronto resulte posible. En este caso, deberá entregársele, posteriormente y sin demora indebida, la declaración escrita de derechos en una lengua que comprenda.

En todos los casos se permitirá al detenido conservar en su poder la declaración escrita de derechos durante todo el tiempo de la detención.

2 bis. La información a que se refiere el apartado anterior se facilitará en un lenguaje comprensible y que resulte accesible al destinatario. A estos efectos se adaptará la información a su edad, grado de madurez, discapacidad y cualquier otra circunstancia personal de la que pueda derivar una limitación de la capacidad para entender el alcance de la información que se le facilita.

3. Si el detenido fuere extranjero, se comunicará al cónsul de su país el hecho de su detención y el lugar de custodia y se le permitirá la comunicación con la autoridad consular. En caso de que el detenido tenga dos o más nacionalidades, podrá elegir a qué autoridades consulares debe informarse de que se encuentra privado de libertad y con quién desea comunicarse.

4. Si se tratare de un menor, será puesto a disposición de las Secciones de Menores de la Fiscalía y se comunicará el hecho y el lugar de custodia a quienes ejerzan la patria potestad, la tutela o la guarda de hecho del mismo, tan pronto se tenga constancia de la minoría de edad.

En caso de conflicto de intereses con quienes ejerzan la patria potestad, la tutela o la guarda de hecho del menor, se le nombrará un defensor judicial a quien se pondrá en conocimiento del hecho y del lugar de detención.

Si el detenido tuviere su capacidad modificada judicialmente, la información prevista en el apartado 2 de este artículo se comunicará a quienes ejerzan la tutela o guarda de hecho del mismo, dando cuenta al Ministerio Fiscal.

Si el detenido menor o con capacidad modificada judicialmente fuera extranjero, el hecho de la detención se notificará de oficio al Cónsul de su país.

5. El detenido designará libremente abogado y si no lo hace será asistido por un abogado de oficio. Ninguna autoridad o agente le efectuará recomendación alguna sobre el abogado a designar más allá de informarle de su derecho.

La autoridad que tenga bajo su custodia al detenido comunicará inmediatamente al Colegio de Abogados el nombre del designado por el detenido para asistirle a los efectos de su localización y transmisión del encargo profesional o, en su caso, le comunicará la petición de nombramiento de abogado de oficio.

Si el detenido no hubiere designado abogado, o el elegido rehusare el encargo o no fuere hallado, el Colegio de Abogados procederá de inmediato al nombramiento de un abogado del turno de oficio.

El abogado designado acudirá al centro de detención con la máxima premura, siempre dentro del plazo máximo de tres horas desde la recepción del encargo. Si en dicho plazo no compareciera, el Colegio de Abogados designará un nuevo abogado del turno de oficio que deberá comparecer a la mayor brevedad y siempre dentro del plazo indicado, sin perjuicio de la exigencia de la responsabilidad disciplinaria en que haya podido incurrir el incompareciente.

6. La asistencia del abogado consistirá en:

a) Solicitar, en su caso, que se informe al detenido o preso de los derechos establecidos en el apartado 2 y que se proceda, si fuera necesario, al reconocimiento médico señalado en su letra i).

b) Intervenir en las diligencias de declaración del detenido, en las diligencias de reconocimiento de que sea objeto y en las de reconstrucción de los hechos en que participe el detenido. El abogado podrá solicitar al juez o funcionario que hubiesen practicado la diligencia en la que haya intervenido, una vez terminada ésta, la declaración o ampliación de los extremos que considere convenientes, así como la consignación en el acta de cualquier incidencia que haya tenido lugar durante su práctica.

c) Informar al detenido de las consecuencias de la prestación o denegación de consentimiento a la práctica de diligencias que se le soliciten.

Si el detenido se opusiera a la recogida de las muestras mediante frotis bucal, conforme a las previsiones de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, el juez de instrucción, a instancia de la Policía Judicial o del Ministerio Fiscal, podrá imponer la ejecución forzosa de tal diligencia mediante el recurso a las medidas coactivas mínimas indispensables, que deberán ser proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con su dignidad.

d) Entrevistarse reservadamente con el detenido, incluso antes de que se le reciba declaración por la policía, el fiscal o la autoridad judicial, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 527.

7. Las comunicaciones entre el investigado o encausado y su abogado tendrán carácter confidencial en los mismos términos y con las mismas excepciones previstas en el apartado 4 del artículo 118.

8. No obstante, el detenido o preso podrá renunciar a la preceptiva asistencia de abogado si su detención lo fuere por hechos susceptibles de ser tipificados exclusivamente como delitos contra la seguridad del tráfico, siempre que se le haya facilitado información clara

y suficiente en un lenguaje sencillo y comprensible sobre el contenido de dicho derecho y las consecuencias de la renuncia. El detenido podrá revocar su renuncia en cualquier momento.»

Cinco. Se introduce un nuevo artículo 520 ter con la siguiente redacción:

«Artículo 520 ter.

A los detenidos en espacios marinos por la presunta comisión de los delitos contemplados en el artículo 23.4.d) de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, les serán aplicados los derechos reconocidos en el presente capítulo en la medida que resulten compatibles con los medios personales y materiales existentes a bordo del buque o aeronave que practique la detención, debiendo ser puestos en libertad o a disposición de la autoridad judicial competente tan pronto como sea posible, sin que pueda exceder del plazo máximo de setenta y dos horas. La puesta a disposición judicial podrá realizarse por los medios telemáticos de los que disponga el buque o aeronave, cuando por razón de la distancia o su situación de aislamiento no sea posible llevar a los detenidos a presencia física de la autoridad judicial dentro del indicado plazo.»

Seis. Se modifica el artículo 527, que tendrá la siguiente redacción:

«1. En los supuestos del artículo 509, el detenido o preso podrá ser privado de los siguientes derechos si así lo justifican las circunstancias del caso:

- a) Designar un abogado de su confianza.
- b) Comunicarse con todas o alguna de las personas con las que tenga derecho a hacerlo, salvo con la autoridad judicial, el Ministerio Fiscal y el Médico Forense.
- c) Entrevistarse reservadamente con su abogado.
- d) Acceder él o su abogado a las actuaciones, salvo a los elementos esenciales para poder impugnar la legalidad de la detención.

2. La incomunicación o restricción de otro derecho del apartado anterior será acordada por auto. Cuando la restricción de derechos sea solicitada por la Policía Judicial o por el Ministerio Fiscal se entenderán acordadas las medidas previstas por el apartado 1 que hayan sido instadas por un plazo máximo de veinticuatro horas, dentro del cual el juez habrá de pronunciarse sobre la solicitud, así como sobre la pertinencia de acordar el secreto de las actuaciones. La incomunicación y la aplicación al detenido o preso de alguna de las excepciones referidas en el apartado anterior será acordada por auto debiéndose motivar las razones que justifican la adopción de cada una de las excepciones al régimen general de conformidad con lo dispuesto en el artículo 509.

El juez controlará efectivamente las condiciones en que se desarrolle la incomunicación, a cuyo efecto podrá requerir información a fin de constatar el estado del detenido o preso y el respeto a sus derechos.

3. Los reconocimientos médicos al detenido a quien se le restrinja el derecho a comunicarse con todas o alguna de las personas con las que tenga derecho a hacerlo se realizarán con una frecuencia de al menos dos reconocimientos cada veinticuatro horas, según criterio facultativo.»

Siete. Se modifica la rúbrica del Título VIII del Libro II, que queda redactada del siguiente modo:

«TÍTULO VIII

De las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución»

Ocho. Los artículos 545 a 572 se agrupan en un nuevo Capítulo I del Título VIII del Libro II, cuya rúbrica es la siguiente:

«CAPÍTULO I

De la entrada y registro en lugar cerrado»

Nueve. Los artículos 573 a 578 se agrupan en un nuevo Capítulo II del Título VIII del Libro II, cuya rúbrica es la siguiente:

«CAPÍTULO II

Del registro de libros y papeles»

Diez. Los artículos 579 a 588 se agrupan en un nuevo Capítulo III del Título VIII del Libro II, con la rúbrica siguiente:

«CAPÍTULO III

De la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica»

Once. Se modifica el artículo 579, que quedará redactado del siguiente modo:

«Artículo 579. De la correspondencia escrita o telegráfica.

1. El juez podrá acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica, incluidos faxes, burofaxes y giros, que el investigado remita o reciba, así como su apertura o examen, si hubiera indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación del algún hecho o circunstancia relevante para la causa, siempre que la investigación tenga por objeto alguno de los siguientes delitos:

- 1.º Delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión.
- 2.º Delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal.
- 3.º Delitos de terrorismo.

2. El juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales o inferiores períodos hasta un máximo de dieciocho meses, la observación de las comunicaciones postales y telegráficas del investigado, así como de las comunicaciones de las que se sirva para la realización de sus fines delictivos.

3. En caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas y existan razones fundadas que hagan imprescindible la medida prevista en los apartados anteriores de este artículo, podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Secretario de Estado de Seguridad. Esta medida se comunicará inmediatamente al juez competente y, en todo caso, dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, haciendo constar las razones que justificaron la adopción de la medida, la actuación realizada, la forma en que se ha efectuado y su resultado. El juez competente, también de forma motivada, revocará o confirmará tal actuación en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la medida.

4. No se requerirá autorización judicial en los siguientes casos:

a) Envíos postales que, por sus propias características externas, no sean usualmente utilizados para contener correspondencia individual sino para servir al transporte y tráfico de mercancías o en cuyo exterior se haga constar su contenido.

b) Aquellas otras formas de envío de la correspondencia bajo el formato legal de comunicación abierta, en las que resulte obligatoria una declaración externa de contenido o que incorporen la indicación expresa de que se autoriza su inspección.

c) Cuando la inspección se lleve a cabo de acuerdo con la normativa aduanera o proceda con arreglo a las normas postales que regulan una determinada clase de envío.

5. La solicitud y las actuaciones posteriores relativas a la medida solicitada se sustanciarán en una pieza separada y secreta, sin necesidad de que se acuerde expresamente el secreto de la causa.»

Doce. Se crea un nuevo artículo 579 bis, que quedará redactado del siguiente modo:

«Artículo 579 bis. Utilización de la información obtenida en un procedimiento distinto y descubrimientos casuales.

1. El resultado de la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica podrá ser utilizado como medio de investigación o prueba en otro proceso penal.

2. A tal efecto, se procederá a la deducción de testimonio de los particulares necesarios para acreditar la legitimidad de la injerencia. Se incluirán entre los antecedentes indispensables, en todo caso, la solicitud inicial para la adopción, la resolución judicial que la acuerda y todas las peticiones y resoluciones judiciales de prórroga recaídas en el procedimiento de origen.

3. La continuación de esta medida para la investigación del delito casualmente descubierto requiere autorización del juez competente, para la cual, éste comprobará la diligencia de la actuación, evaluando el marco en el que se produjo el hallazgo casual y la imposibilidad de haber solicitado la medida que lo incluyera en su momento. Asimismo se informará si las diligencias continúan declaradas secretas, a los efectos de que tal declaración sea respetada en el otro proceso penal, comunicando el momento en el que dicho secreto se alce.»

Trece. Se crea en el Título VIII del Libro II un nuevo Capítulo IV con la siguiente rúbrica y contenido:

«CAPÍTULO IV

Disposiciones comunes a la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen, el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y los registros remotos sobre equipos informáticos

Artículo 588 bis a. Principios rectores.

1. Durante la instrucción de las causas se podrá acordar alguna de las medidas de investigación reguladas en el presente capítulo siempre que medie autorización judicial

dictada con plena sujeción a los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida.

2. El principio de especialidad exige que una medida esté relacionada con la investigación de un delito concreto. No podrán autorizarse medidas de investigación tecnológica que tengan por objeto prevenir o descubrir delitos o despejar sospechas sin base objetiva.

3. El principio de idoneidad servirá para definir el ámbito objetivo y subjetivo y la duración de la medida en virtud de su utilidad.

4. En aplicación de los principios de excepcionalidad y necesidad solo podrá acordarse la medida:

a) cuando no estén a disposición de la investigación, en atención a sus características, otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales del investigado o encausado e igualmente útiles para el esclarecimiento del hecho, o

b) cuando el descubrimiento o la comprobación del hecho investigado, la determinación de su autor o autores, la averiguación de su paradero, o la localización de los efectos del delito se vea gravemente dificultada sin el recurso a esta medida.

5. Las medidas de investigación reguladas en este capítulo solo se reputarán proporcionadas cuando, tomadas en consideración todas las circunstancias del caso, el sacrificio de los derechos e intereses afectados no sea superior al beneficio que de su adopción resulte para el interés público y de terceros. Para la ponderación de los intereses en conflicto, la valoración del interés público se basará en la gravedad del hecho, su trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho.

Artículo 588 bis b. Solicitud de autorización judicial.

1. El juez podrá acordar las medidas reguladas en este capítulo de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de la Policía Judicial.

2. Cuando el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial soliciten del juez de instrucción una medida de investigación tecnológica, la petición habrá de contener:

1.º La descripción del hecho objeto de investigación y la identidad del investigado o de cualquier otro afectado por la medida, siempre que tales datos resulten conocidos.

2.º La exposición detallada de las razones que justifiquen la necesidad de la medida de acuerdo a los principios rectores establecidos en el artículo 588 bis a, así como los indicios de criminalidad que se hayan puesto de manifiesto durante la investigación previa a la solicitud de autorización del acto de injerencia.

3.º Los datos de identificación del investigado o encausado y, en su caso, de los medios de comunicación empleados que permitan la ejecución de la medida.

4.º La extensión de la medida con especificación de su contenido.

5.º La unidad investigadora de la Policía Judicial que se hará cargo de la intervención.

6.º La forma de ejecución de la medida.

7.º La duración de la medida que se solicita.

8.º El sujeto obligado que llevará a cabo la medida, en caso de conocerse.

Artículo 588 bis c. Resolución judicial.

1. El juez de instrucción autorizará o denegará la medida solicitada mediante auto motivado, oído el Ministerio Fiscal. Esta resolución se dictará en el plazo máximo de veinticuatro horas desde que se presente la solicitud.

2. Siempre que resulte necesario para resolver sobre el cumplimiento de alguno de los requisitos expresados en los artículos anteriores, el juez podrá requerir, con interrupción del plazo a que se refiere el apartado anterior, una ampliación o aclaración de los términos de la solicitud.

3. La resolución judicial que autorice la medida concretará al menos los siguientes extremos:

a) El hecho punible objeto de investigación y su calificación jurídica, con expresión de los indicios racionales en los que funde la medida.

b) La identidad de los investigados y de cualquier otro afectado por la medida, de ser conocido.

c) La extensión de la medida de injerencia, especificando su alcance así como la motivación relativa al cumplimiento de los principios rectores establecidos en el artículo 588 bis a.

d) La unidad investigadora de Policía Judicial que se hará cargo de la intervención.

e) La duración de la medida.

f) La forma y la periodicidad con la que el solicitante informará al juez sobre los resultados de la medida.

g) La finalidad perseguida con la medida.

h) El sujeto obligado que llevará a cabo la medida, en caso de conocerse, con expresa mención del deber de colaboración y de guardar secreto, cuando proceda, bajo apercibimiento de incurrir en un delito de desobediencia.

Artículo 588 bis d. Secreto.

La solicitud y las actuaciones posteriores relativas a la medida solicitada se sustanciarán en una pieza separada y secreta, sin necesidad de que se acuerde expresamente el secreto de la causa.

Artículo 588 bis e. Duración.

1. Las medidas reguladas en el presente capítulo tendrán la duración que se especifique para cada una de ellas y no podrán exceder del tiempo imprescindible para el esclarecimiento de los hechos.

2. La medida podrá ser prorrogada, mediante auto motivado, por el juez competente, de oficio o previa petición razonada del solicitante, siempre que subsistan las causas que la motivaron.

3. Transcurrido el plazo por el que resultó concedida la medida, sin haberse acordado su prórroga, o, en su caso, finalizada ésta, cesará a todos los efectos.

Artículo 588 bis f. Solicitud de prórroga.

1. La solicitud de prórroga se dirigirá por el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial al juez competente con la antelación suficiente a la expiración del plazo concedido. Deberá incluir en todo caso:

- a) Un informe detallado del resultado de la medida.
- b) Las razones que justifiquen la continuación de la misma.

2. En el plazo de los dos días siguientes a la presentación de la solicitud, el juez resolverá sobre el fin de la medida o su prórroga mediante auto motivado. Antes de dictar la resolución podrá solicitar aclaraciones o mayor información.

3. Concedida la prórroga, su cómputo se iniciará desde la fecha de expiración del plazo de la medida acordada.

Artículo 588 bis g. Control de la medida.

La Policía Judicial informará al juez de instrucción del desarrollo y los resultados de la medida, en la forma y con la periodicidad que este determine y, en todo caso, cuando por cualquier causa se ponga fin a la misma.

Artículo 588 bis h. Afectación de terceras personas.

Podrán acordarse las medidas de investigación reguladas en los siguientes capítulos aun cuando afecten a terceras personas en los casos y con las condiciones que se regulan en las disposiciones específicas de cada una de ellas.

Artículo 588 bis i. Utilización de la información obtenida en un procedimiento distinto y descubrimientos casuales.

El uso de las informaciones obtenidas en un procedimiento distinto y los descubrimientos casuales se regularán con arreglo a lo dispuesto en el artículo 579 bis.

Artículo 588 bis j. Cese de la medida.

El juez acordará el cese de la medida cuando desaparezcan las circunstancias que justificaron su adopción o resulte evidente que a través de la misma no se están obteniendo los resultados pretendidos, y, en todo caso, cuando haya transcurrido el plazo para el que hubiera sido autorizada.

Artículo 588 bis k. Destrucción de registros.

1. Una vez que se ponga término al procedimiento mediante resolución firme, se ordenará el borrado y eliminación de los registros originales que puedan constar en los sistemas electrónicos e informáticos utilizados en la ejecución de la medida. Se conservará una copia bajo custodia del secretario judicial.

2. Se acordará la destrucción de las copias conservadas cuando hayan transcurrido cinco años desde que la pena se haya ejecutado o cuando el delito o la pena hayan prescrito o se haya decretado el sobreseimiento libre o haya recaído sentencia absolutoria firme respecto del investigado, siempre que no fuera precisa su conservación a juicio del Tribunal.

3. Los tribunales dictarán las órdenes oportunas a la Policía Judicial para que lleve a efecto la destrucción contemplada en los anteriores apartados.»

Catorce. Se crea en el Título VIII del Libro II un nuevo Capítulo V con la siguiente rúbrica y contenido:

«CAPÍTULO V

La interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas**Sección 1.ª Disposiciones generales****Artículo 588 ter a. Presupuestos.**

La autorización para la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas solo podrá ser concedida cuando la investigación tenga por objeto alguno de los delitos a que se refiere el artículo 579.1 de esta ley o delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación.

Artículo 588 ter b. Ámbito.

1. Los terminales o medios de comunicación objeto de intervención han de ser aquellos habitual u ocasionalmente utilizados por el investigado.
2. La intervención judicialmente acordada podrá autorizar el acceso al contenido de las comunicaciones y a los datos electrónicos de tráfico o asociados al proceso de comunicación, así como a los que se produzcan con independencia del establecimiento o no de una concreta comunicación, en los que participe el sujeto investigado, ya sea como emisor o como receptor, y podrá afectar a los terminales o los medios de comunicación de los que el investigado sea titular o usuario.

También podrán intervenir los terminales o medios de comunicación de la víctima cuando sea previsible un grave riesgo para su vida o integridad.

A los efectos previstos en este artículo, se entenderá por datos electrónicos de tráfico o asociados todos aquellos que se generan como consecuencia de la conducción de la comunicación a través de una red de comunicaciones electrónicas, de su puesta a disposición del usuario, así como de la prestación de un servicio de la sociedad de la información o comunicación telemática de naturaleza análoga.

Artículo 588 ter c. Afectación a tercero.

Podrá acordarse la intervención judicial de las comunicaciones emitidas desde terminales o medios de comunicación telemática pertenecientes a una tercera persona siempre que:

- 1.º exista constancia de que el sujeto investigado se sirve de aquella para transmitir o recibir información, o
- 2.º el titular colabore con la persona investigada en sus fines ilícitos o se beneficie de su actividad.

También podrá autorizarse dicha intervención cuando el dispositivo objeto de investigación sea utilizado maliciosamente por terceros por vía telemática, sin conocimiento de su titular.

Artículo 588 ter d. Solicitud de autorización judicial.

1. La solicitud de autorización judicial deberá contener, además de los requisitos mencionados en el artículo 588 bis b, los siguientes:

- a) la identificación del número de abonado, del terminal o de la etiqueta técnica,
- b) la identificación de la conexión objeto de la intervención o

c) los datos necesarios para identificar el medio de telecomunicación de que se trate.

2. Para determinar la extensión de la medida, la solicitud de autorización judicial podrá tener por objeto alguno de los siguientes extremos:

a) El registro y la grabación del contenido de la comunicación, con indicación de la forma o tipo de comunicaciones a las que afecta.

b) El conocimiento de su origen o destino, en el momento en el que la comunicación se realiza.

c) La localización geográfica del origen o destino de la comunicación.

d) El conocimiento de otros datos de tráfico asociados o no asociados pero de valor añadido a la comunicación. En este caso, la solicitud especificará los datos concretos que han de ser obtenidos.

3. En caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas y existan razones fundadas que hagan imprescindible la medida prevista en los apartados anteriores de este artículo, podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Secretario de Estado de Seguridad. Esta medida se comunicará inmediatamente al juez competente y, en todo caso, dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, haciendo constar las razones que justificaron la adopción de la medida, la actuación realizada, la forma en que se ha efectuado y su resultado. El juez competente, también de forma motivada, revocará o confirmará tal actuación en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la medida.

Artículo 588 ter e. Deber de colaboración.

1. Todos los prestadores de servicios de telecomunicaciones, de acceso a una red de telecomunicaciones o de servicios de la sociedad de la información, así como toda persona que de cualquier modo contribuya a facilitar las comunicaciones a través del teléfono o de cualquier otro medio o sistema de comunicación telemática, lógica o virtual, están obligados a prestar al juez, al Ministerio Fiscal y a los agentes de la Policía Judicial designados para la práctica de la medida la asistencia y colaboración precisas para facilitar el cumplimiento de los autos de intervención de las telecomunicaciones.

2. Los sujetos requeridos para prestar colaboración tendrán la obligación de guardar secreto acerca de las actividades requeridas por las autoridades.

3. Los sujetos obligados que incumplieren los anteriores deberes podrán incurrir en delito de desobediencia.

Artículo 588 ter f. Control de la medida.

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 588 bis g, la Policía Judicial pondrá a disposición del juez, con la periodicidad que este determine y en soportes digitales distintos, la transcripción de los pasajes que considere de interés y las grabaciones íntegras realizadas. Se indicará el origen y destino de cada una de ellas y se asegurará, mediante un sistema de sellado o firma electrónica avanzado o sistema de adveración suficientemente fiable, la autenticidad e integridad de la información volcada desde el ordenador central a los soportes digitales en que las comunicaciones hubieran sido grabadas.

Artículo 588 ter g. Duración.

La duración máxima inicial de la intervención, que se computará desde la fecha de autorización judicial, será de tres meses, prorrogables por períodos sucesivos de igual duración hasta el plazo máximo de dieciocho meses.

Artículo 588 ter h. Solicitud de prórroga.

Para la fundamentación de la solicitud de la prórroga, la Policía Judicial aportará, en su caso, la transcripción de aquellos pasajes de las conversaciones de las que se deduzcan informaciones relevantes para decidir sobre el mantenimiento de la medida.

Antes de dictar la resolución, el juez podrá solicitar aclaraciones o mayor información, incluido el contenido íntegro de las conversaciones intervenidas.

Artículo 588 ter i. Acceso de las partes a las grabaciones.

1. Alzado el secreto y expirada la vigencia de la medida de intervención, se entregará a las partes copia de las grabaciones y de las transcripciones realizadas. Si en la grabación hubiera datos referidos a aspectos de la vida íntima de las personas, solo se entregará la grabación y transcripción de aquellas partes que no se refieran a ellos. La no inclusión de la totalidad de la grabación en la transcripción entregada se hará constar de modo expreso.

2. Una vez examinadas las grabaciones y en el plazo fijado por el juez, en atención al volumen de la información contenida en los soportes, cualquiera de las partes podrá solicitar la inclusión en las copias de aquellas comunicaciones que entienda relevantes y hayan sido excluidas. El juez de instrucción, oídas o examinadas por sí esas comunicaciones, decidirá sobre su exclusión o incorporación a la causa.

3. Se notificará por el juez de instrucción a las personas intervinientes en las comunicaciones interceptadas el hecho de la práctica de la injerencia y se les informará de las concretas comunicaciones en las que haya participado que resulten afectadas, salvo que sea imposible, exija un esfuerzo desproporcionado o puedan perjudicar futuras investigaciones. Si la persona notificada lo solicita se le entregará copia de la grabación o transcripción de tales comunicaciones, en la medida que esto no afecte al derecho a la intimidad de otras personas o resulte contrario a los fines del proceso en cuyo marco se hubiere adoptado la medida de injerencia.

Sección 2.ª Incorporación al proceso de datos electrónicos de tráfico o asociados**Artículo 588 ter j. Datos obrantes en archivos automatizados de los prestadores de servicios.**

1. Los datos electrónicos conservados por los prestadores de servicios o personas que faciliten la comunicación en cumplimiento de la legislación sobre retención de datos relativos a las comunicaciones electrónicas o por propia iniciativa por motivos comerciales o de otra índole y que se encuentren vinculados a procesos de comunicación, solo podrán ser cedidos para su incorporación al proceso con autorización judicial.

2. Cuando el conocimiento de esos datos resulte indispensable para la investigación, se solicitará del juez competente autorización para recabar la información que conste en los archivos automatizados de los prestadores de servicios, incluida la búsqueda entrecruzada o inteligente de datos, siempre que se precisen la naturaleza de los datos que hayan de ser conocidos y las razones que justifican la cesión.

Sección 3.ª Acceso a los datos necesarios para la identificación de usuarios, terminales y dispositivos de conectividad

Artículo 588 ter k. Identificación mediante número IP.

Cuando en el ejercicio de las funciones de prevención y descubrimiento de los delitos cometidos en internet, los agentes de la Policía Judicial tuvieran acceso a una dirección IP que estuviera siendo utilizada para la comisión algún delito y no constara la identificación y localización del equipo o del dispositivo de conectividad correspondiente ni los datos de identificación personal del usuario, solicitarán del juez de instrucción que requiera de los agentes sujetos al deber de colaboración según el artículo 588 ter e, la cesión de los datos que permitan la identificación y localización del terminal o del dispositivo de conectividad y la identificación del sospechoso.

Artículo 588 ter l. Identificación de los terminales mediante captación de códigos de identificación del aparato o de sus componentes.

1. Siempre que en el marco de una investigación no hubiera sido posible obtener un determinado número de abonado y este resulte indispensable a los fines de la investigación, los agentes de Policía Judicial podrán valerse de artificios técnicos que permitan acceder al conocimiento de los códigos de identificación o etiquetas técnicas del aparato de telecomunicación o de alguno de sus componentes, tales como la numeración IMSI o IMEI y, en general, de cualquier medio técnico que, de acuerdo con el estado de la tecnología, sea apto para identificar el equipo de comunicación utilizado o la tarjeta utilizada para acceder a la red de telecomunicaciones.

2. Una vez obtenidos los códigos que permiten la identificación del aparato o de alguno de sus componentes, los agentes de la Policía Judicial podrán solicitar del juez competente la intervención de las comunicaciones en los términos establecidos en el artículo 588 ter d. La solicitud habrá de poner en conocimiento del órgano jurisdiccional la utilización de los artificios a que se refiere el apartado anterior.

El tribunal dictará resolución motivada concediendo o denegando la solicitud de intervención en el plazo establecido en el artículo 588 bis c.

Artículo 588 ter m. Identificación de titulares o terminales o dispositivos de conectividad.

Cuando, en el ejercicio de sus funciones, el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial necesiten conocer la titularidad de un número de teléfono o de cualquier otro medio de comunicación, o, en sentido inverso, precisen el número de teléfono o los datos identificativos de cualquier medio de comunicación, podrán dirigirse directamente a los prestadores de servicios de telecomunicaciones, de acceso a una red de telecomunicaciones o de servicios de la sociedad de la información, quienes estarán obligados a cumplir el requerimiento, bajo apercibimiento de incurrir en el delito de desobediencia.»

Quince. Se incorpora en el Título VIII del Libro II un nuevo Capítulo VI con la siguiente rúbrica y contenido:

«CAPÍTULO VI

Captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos

Artículo 588 quater a. Grabación de las comunicaciones orales directas.

1. Podrá autorizarse la colocación y utilización de dispositivos electrónicos que permitan la captación y grabación de las comunicaciones orales directas que se mantengan por el investigado, en la vía pública o en otro espacio abierto, en su domicilio o en cualesquiera otros lugares cerrados.

Los dispositivos de escucha y grabación podrán ser colocados tanto en el exterior como en el interior del domicilio o lugar cerrado.

2. En el supuesto en que fuera necesaria la entrada en el domicilio o en alguno de los espacios destinados al ejercicio de la privacidad, la resolución habilitante habrá de extender su motivación a la procedencia del acceso a dichos lugares.

3. La escucha y grabación de las conversaciones privadas se podrá complementar con la obtención de imágenes cuando expresamente lo autorice la resolución judicial que la acuerde.

Artículo 588 quater b. Presupuestos.

1. La utilización de los dispositivos a que se refiere el artículo anterior ha de estar vinculada a comunicaciones que puedan tener lugar en uno o varios encuentros concretos del investigado con otras personas y sobre cuya previsibilidad haya indicios puestos de manifiesto por la investigación.

2. Solo podrá autorizarse cuando concurren los requisitos siguientes:

a) Que los hechos que estén siendo investigados sean constitutivos de alguno de los siguientes delitos:

1.º Delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión.

2.º Delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal.

3.º Delitos de terrorismo.

b) Que pueda racionalmente preverse que la utilización de los dispositivos aportará datos esenciales y de relevancia probatoria para el esclarecimiento de los hechos y la identificación de su autor.

Artículo 588 quater c. Contenido de la resolución judicial.

La resolución judicial que autorice la medida, deberá contener, además de las exigencias reguladas en el artículo 588 bis c, una mención concreta al lugar o dependencias, así como a los encuentros del investigado que van a ser sometidos a vigilancia.

Artículo 588 quater d. Control de la medida.

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 588 bis g, la Policía Judicial pondrá a disposición de la autoridad judicial el soporte original o copia electrónica auténtica de las grabaciones e imágenes, que deberá ir acompañado de una transcripción de las conversaciones que considere de interés.

El informe identificará a todos los agentes que hayan participado en la ejecución y seguimiento de la medida.

Artículo 588 quater e. Cese.

Cesada la medida por alguna de las causas previstas en el artículo 588 bis j, la grabación de conversaciones que puedan tener lugar en otros encuentros o la captación de imágenes de tales momentos exigirán una nueva autorización judicial.»

Dieciséis. Se añade en el Título VIII del Libro II un nuevo Capítulo VII con la siguiente rúbrica y contenido:

«CAPÍTULO VII

Utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y de localización

Artículo 588 quinquies a. Captación de imágenes en lugares o espacios públicos.

1. La Policía Judicial podrá obtener y grabar por cualquier medio técnico imágenes de la persona investigada cuando se encuentre en un lugar o espacio público, si ello fuera necesario para facilitar su identificación, para localizar los instrumentos o efectos del delito u obtener datos relevantes para el esclarecimiento de los hechos.
2. La medida podrá ser llevada a cabo aun cuando afecte a personas diferentes del investigado, siempre que de otro modo se reduzca de forma relevante la utilidad de la vigilancia o existan indicios fundados de la relación de dichas personas con el investigado y los hechos objeto de la investigación.

Artículo 588 quinquies b. Utilización de dispositivos o medios técnicos de seguimiento y localización.

1. Cuando concurren acreditadas razones de necesidad y la medida resulte proporcionada, el juez competente podrá autorizar la utilización de dispositivos o medios técnicos de seguimiento y localización.
2. La autorización deberá especificar el medio técnico que va a ser utilizado.
3. Los prestadores, agentes y personas a que se refiere el artículo 588 ter e están obligados a prestar al juez, al Ministerio Fiscal y a los agentes de la Policía Judicial designados para la práctica de la medida la asistencia y colaboración precisas para facilitar el cumplimiento de los autos por los que se ordene el seguimiento, bajo apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia.
4. Cuando concurren razones de urgencia que hagan razonablemente temer que de no colocarse inmediatamente el dispositivo o medio técnico de seguimiento y localización se frustrará la investigación, la Policía Judicial podrá proceder a su colocación, dando cuenta a la mayor brevedad posible, y en todo caso en el plazo máximo de veinticuatro horas, a la autoridad judicial, quien podrá ratificar la medida adoptada o acordar su inmediato cese en el mismo plazo. En este último supuesto, la información obtenida a partir del dispositivo colocado carecerá de efectos en el proceso.

Artículo 588 quinquies c. Duración de la medida.

1. La medida de utilización de dispositivos técnicos de seguimiento y localización prevista en el artículo anterior tendrá una duración máxima de tres meses a partir de la fecha de su autorización. Excepcionalmente, el juez podrá acordar prórrogas sucesivas por el mismo o inferior plazo hasta un máximo de dieciocho meses, si así estuviera justificado a la vista de los resultados obtenidos con la medida.

2. La Policía Judicial entregará al juez los soportes originales o copias electrónicas auténticas que contengan la información recogida cuando éste se lo solicite y, en todo caso, cuando terminen las investigaciones.

3. La información obtenida a través de los dispositivos técnicos de seguimiento y localización a los que se refieren los artículos anteriores deberá ser debidamente custodiada para evitar su utilización indebida.»

Diecisiete. Se crea en el Título III del Libro II un nuevo Capítulo VIII con la siguiente rúbrica y contenido:

«CAPÍTULO VIII

Registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información

Artículo 588 sexies a. Necesidad de motivación individualizada.

1. Cuando con ocasión de la práctica de un registro domiciliario sea previsible la aprehensión de ordenadores, instrumentos de comunicación telefónica o telemática o dispositivos de almacenamiento masivo de información digital o el acceso a repositorios telemáticos de datos, la resolución del juez de instrucción habrá de extender su razonamiento a la justificación, en su caso, de las razones que legitiman el acceso de los agentes facultados a la información contenida en tales dispositivos.

2. La simple incautación de cualquiera de los dispositivos a los que se refiere el apartado anterior, practicada durante el transcurso de la diligencia de registro domiciliario, no legitima el acceso a su contenido, sin perjuicio de que dicho acceso pueda ser autorizado ulteriormente por el juez competente.

Artículo 588 sexies b. Acceso a la información de dispositivos electrónicos incautados fuera del domicilio del investigado.

La exigencia prevista en el apartado 1 del artículo anterior será también aplicable a aquellos casos en los que los ordenadores, instrumentos de comunicación o dispositivos de almacenamiento masivo de datos, o el acceso a repositorios telemáticos de datos, sean aprehendidos con independencia de un registro domiciliario. En tales casos, los agentes pondrán en conocimiento del juez la incautación de tales efectos. Si éste considera indispensable el acceso a la información albergada en su contenido, otorgará la correspondiente autorización.

Artículo 588 sexies c. Autorización judicial.

1. La resolución del juez de instrucción mediante la que se autorice el acceso a la información contenida en los dispositivos a que se refiere la presente sección, fijará los términos y el alcance del registro y podrá autorizar la realización de copias de los datos informáticos. Fijará también las condiciones necesarias para asegurar la integridad de los datos y las garantías de su preservación para hacer posible, en su caso, la práctica de un dictamen pericial.

2. Salvo que constituyan el objeto o instrumento del delito o existan otras razones que lo justifiquen, se evitará la incautación de los soportes físicos que contengan los datos o archivos informáticos, cuando ello pueda causar un grave perjuicio a su titular o propietario y sea posible la obtención de una copia de ellos en condiciones que garanticen la autenticidad e integridad de los datos.

3. Cuando quienes lleven a cabo el registro o tengan acceso al sistema de información o a una parte del mismo conforme a lo dispuesto en este capítulo, tengan razones fundadas para considerar que los datos buscados están almacenados en otro sistema informático o en una parte de él, podrán ampliar el registro, siempre que los datos sean lícitamente accesibles por medio del sistema inicial o estén disponibles para este. Esta ampliación del registro deberá ser autorizada por el juez, salvo que ya lo hubiera sido en la autorización inicial. En caso de urgencia, la Policía Judicial o el fiscal podrán llevarlo a cabo, informando al juez inmediatamente, y en todo caso dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, de la actuación realizada, la forma en que se ha efectuado y su resultado. El juez competente, también de forma motivada, revocará o confirmará tal actuación en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la interceptación.

4. En los casos de urgencia en que se aprecie un interés constitucional legítimo que haga imprescindible la medida prevista en los apartados anteriores de este artículo, la Policía Judicial podrá llevar a cabo el examen directo de los datos contenidos en el dispositivo incautado, comunicándolo inmediatamente, y en todo caso dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, por escrito motivado al juez competente, haciendo constar las razones que justificaron la adopción de la medida, la actuación realizada, la forma en que se ha efectuado y su resultado. El juez competente, también de forma motivada, revocará o confirmará tal actuación en un plazo máximo de 72 horas desde que fue ordenada la medida.

5. Las autoridades y agentes encargados de la investigación podrán ordenar a cualquier persona que conozca el funcionamiento del sistema informático o las medidas aplicadas para proteger los datos informáticos contenidos en el mismo que facilite la información que resulte necesaria, siempre que de ello no derive una carga desproporcionada para el afectado, bajo apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia.

Esta disposición no será aplicable al investigado o encausado, a las personas que están dispensadas de la obligación de declarar por razón de parentesco y a aquellas que, de conformidad con el artículo 416.2, no pueden declarar en virtud del secreto profesional.»

Dieciocho. Se incorpora en el Título VIII del Libro II un nuevo Capítulo IX, con la siguiente rúbrica y contenido:

«CAPÍTULO IX

Registros remotos sobre equipos informáticos

Artículo 588 septies a. Presupuestos.

1. El juez competente podrá autorizar la utilización de datos de identificación y códigos, así como la instalación de un software, que permitan, de forma remota y telemática, el examen a distancia y sin conocimiento de su titular o usuario del contenido de un ordenador, dispositivo electrónico, sistema informático, instrumento de almacenamiento masivo de datos informáticos o base de datos, siempre que persiga la investigación de alguno de los siguientes delitos:

- a) Delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales.
- b) Delitos de terrorismo.
- c) Delitos cometidos contra menores o personas con capacidad modificada judicialmente.

- d) Delitos contra la Constitución, de traición y relativos a la defensa nacional.
 - e) Delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la telecomunicación o servicio de comunicación.
2. La resolución judicial que autorice el registro deberá especificar:
- a) Los ordenadores, dispositivos electrónicos, sistemas informáticos o parte de los mismos, medios informáticos de almacenamiento de datos o bases de datos, datos u otros contenidos digitales objeto de la medida.
 - b) El alcance de la misma, la forma en la que se procederá al acceso y aprehensión de los datos o archivos informáticos relevantes para la causa y el software mediante el que se ejecutará el control de la información.
 - c) Los agentes autorizados para la ejecución de la medida.
 - d) La autorización, en su caso, para la realización y conservación de copias de los datos informáticos.
 - e) Las medidas precisas para la preservación de la integridad de los datos almacenados, así como para la inaccesibilidad o supresión de dichos datos del sistema informático al que se ha tenido acceso.
3. Cuando los agentes que lleven a cabo el registro remoto tengan razones para creer que los datos buscados están almacenados en otro sistema informático o en una parte del mismo, pondrán este hecho en conocimiento del juez, quien podrá autorizar una ampliación de los términos del registro.

Artículo 588 septies b. Deber de colaboración.

1. Los prestadores de servicios y personas señaladas en el artículo 588 ter e y los titulares o responsables del sistema informático o base de datos objeto del registro están obligados a facilitar a los agentes investigadores la colaboración precisa para la práctica de la medida y el acceso al sistema. Asimismo, están obligados a facilitar la asistencia necesaria para que los datos e información recogidos puedan ser objeto de examen y visualización.
2. Las autoridades y los agentes encargados de la investigación podrán ordenar a cualquier persona que conozca el funcionamiento del sistema informático o las medidas aplicadas para proteger los datos informáticos contenidos en el mismo que facilite la información que resulte necesaria para el buen fin de la diligencia.
- Esta disposición no será aplicable al investigado o encausado, a las personas que están dispensadas de la obligación de declarar por razón de parentesco, y a aquellas que, de conformidad con el artículo 416.2, no pueden declarar en virtud del secreto profesional.
3. Los sujetos requeridos para prestar colaboración tendrán la obligación de guardar secreto acerca de las actividades requeridas por las autoridades.
4. Los sujetos mencionados en los apartados 1 y 2 de este artículo quedarán sujetos a la responsabilidad regulada en el apartado 3 del artículo 588 ter e.

Artículo 588 septies c. Duración.

La medida tendrá una duración máxima de un mes, prorrogable por iguales períodos hasta un máximo de tres meses.»

Diecinueve. Se crea en el Título VIII del Libro II un nuevo Capítulo X con la siguiente rúbrica y contenido:

«CAPÍTULO X

Medidas de aseguramiento

Artículo 588 octies. Orden de conservación de datos.

El Ministerio Fiscal o la Policía Judicial podrán requerir a cualquier persona física o jurídica la conservación y protección de datos o informaciones concretas incluidas en un sistema informático de almacenamiento que se encuentren a su disposición hasta que se obtenga la autorización judicial correspondiente para su cesión con arreglo a lo dispuesto en los artículos precedentes.

Los datos se conservarán durante un periodo máximo de noventa días, prorrogable una sola vez hasta que se autorice la cesión o se cumplan ciento ochenta días.

El requerido vendrá obligado a prestar su colaboración y a guardar secreto del desarrollo de esta diligencia, quedando sujeto a la responsabilidad descrita en el apartado 3 del artículo 588 ter e.»

Veinte. Se modifica el apartado 1 del artículo 967, que queda redactado del siguiente modo:

«1. En las citaciones que se efectúen al denunciante, al ofendido o perjudicado y al investigado para la celebración del juicio, se les informará de que pueden ser asistidos por abogado si lo desean y de que deberán acudir al juicio con los medios de prueba de que intenten valerse. A la citación del investigado se acompañará copia de la querrela o de la denuncia que se haya presentado.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, para el enjuiciamiento de delitos leves que lleven aparejada pena de multa cuyo límite máximo sea de al menos seis meses, se aplicarán las reglas generales de defensa y representación.»

Veintiuno. Sustitución de términos.

1. En los artículos 120, 309 bis, 760, 771, 775, 779, 797 y 798, el sustantivo «imputado» se sustituye por «investigado», en singular o plural según corresponda.

2. En los artículos 325, 502, 503, 504, 505, 506, 507, 508, 511, 529, 530, 539, 544 ter, 764, 765, 766 y 773, el sustantivo «imputado» se sustituye por «investigado o encausado», en singular o plural según corresponda.

3. En el artículo 141 la expresión «imputados o procesados» se sustituye por «investigados o encausados».

4. En los artículos 762, 780 y 784, el sustantivo «imputado» se sustituye por «encausado», en singular o plural según corresponda.

5. En los artículos 503 y 797 el adjetivo «imputada» se sustituye por «investigada».

Disposición adicional primera. Previsión de costes.

Las medidas incluidas en esta norma no podrán suponer incremento de dotaciones de personal, ni de retribuciones ni de otros gastos de personal.

Disposición adicional segunda. Sustitución de referencias.

Las disposiciones contenidas en otros textos legales que se refieran a la intervención de las comunicaciones telefónicas o telemáticas previstas en el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se tendrán por referenciadas a lo dispuesto en el Título VIII del Libro II de dicha ley.

Disposición transitoria única. Legislación aplicable.

1. Esta ley se aplicará a los procedimientos penales incoados con posterioridad a su entrada en vigor.

2. La Ley se aplicará también a las diligencias policiales y fiscales, resoluciones y actuaciones judiciales que se acuerden tras su entrada en vigor en procedimientos penales en tramitación.

Disposición derogatoria única. Derogación de normas.

Quedan derogados los artículos 387 y 395 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, así como cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta ley.

Disposición final primera. Modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Se modifican los artículos 57.1, 65, 73.3, 82.1, 87.1, 87 ter. 1 y 89 bis. 2 y 3 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que quedan redactados como sigue:

Uno. Se añade un nuevo numeral 5.º al apartado 1 del artículo 57.

«5.º De los procedimientos de decomiso autónomo por los delitos para cuyo conocimiento sean competentes.»

Dos. Se añade un nuevo numeral 7.º al artículo 65, que sustituye al actual que pasa a ser el numeral 8.º:

«7.º De los procedimientos de decomiso autónomo por los delitos para cuyo conocimiento sean competentes.

8.º De cualquier otro asunto que le atribuyan las leyes.»

Tres. Se añade una nueva letra e) al apartado 3 del artículo 73, con la siguiente redacción:

«e) De los procedimientos de decomiso autónomo por los delitos para cuyo conocimiento sean competentes.»

Cuatro. Se modifica el párrafo segundo del numeral 2.º y se añade un nuevo numeral 6.º al apartado 1 del artículo 82, que quedan redactados como sigue:

«2.º De los recursos que establezca la ley contra las resoluciones dictadas por los Juzgados de Instrucción y de lo Penal de la provincia.

Para el conocimiento de los recursos contra resoluciones de los Juzgados de Instrucción en juicios por delitos leves la Audiencia se constituirá con un solo Magistrado, mediante un turno de reparto.»

«6.º De los procedimientos de decomiso autónomo por los delitos para cuyo conocimiento sean competentes.»

Cinco. Se modifica la letra b) y se añade una nueva letra h) al apartado 1 del artículo 87, que quedan redactadas como sigue:

«b) Les corresponde asimismo dictar sentencia de conformidad con la acusación en los casos establecidos por la Ley y en los procesos por aceptación de decreto.»

«h) De los procedimientos de decomiso autónomo por los delitos para cuyo conocimiento sean competentes.»

Seis. Se modifica el apartado 2 del artículo 89 bis que queda redactado como sigue:

«2. Los Juzgados de lo Penal enjuiciarán las causas por delito que la ley determine.

A fin de facilitar el conocimiento de los asuntos instruidos por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, y atendiendo al número de asuntos existentes, deberán especializarse uno o varios Juzgados en cada provincia, de conformidad con lo previsto en el artículo 98 de la presente Ley.

Corresponde asimismo a los Juzgados de lo Penal la ejecución de las sentencias dictadas en causas por delito grave o menos grave por los Juzgados de Instrucción, el reconocimiento y ejecución de las resoluciones que impongan sanciones pecuniarias transmitidas por las autoridades competentes de otros Estados miembros de la Unión Europea, cuando las mismas deban cumplirse en territorio español, y los procedimientos de decomiso autónomo por los delitos para cuyo conocimiento sean competentes.»

Siete. Se modifica el apartado 3 del artículo 89 bis que queda redactado como sigue:

«3. En la Villa de Madrid, con jurisdicción en toda España, habrá uno o varios Juzgados Centrales de lo Penal que conocerán, en los casos en que así lo establezcan las leyes procesales, de las causas por los delitos a que se refiere el artículo 65 y de los demás asuntos que señalen las leyes.

Corresponde asimismo a los Juzgados Centrales de lo Penal la ejecución de las sentencias dictadas en causas por delito grave o menos grave por los Juzgados Centrales de Instrucción, y los procedimientos de decomiso autónomo por los delitos para cuyo conocimiento sean competentes.»

Disposición final segunda. Título competencial.

Esta ley se dicta al amparo de la competencia que al Estado atribuye en exclusiva el artículo 149.1.6.ª de la Constitución Española en materia de legislación procesal.

La disposición final primera se dicta al amparo de las competencias exclusivas del artículo 149.1.5.ª de la Constitución Española en materia de administración de justicia.

Disposición final tercera. Incorporación de Derecho de la Unión Europea.

Mediante esta ley se incorpora al Derecho español la Directiva 2013/48/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad.

Disposición final cuarta. Entrada en vigor.

La presente ley entrará en vigor a los dos meses de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», con excepción de los apartados uno, tres, cuatro, cinco y seis del artículo único que lo harán el 1 de noviembre de 2015.

Por tanto,

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta ley orgánica.

Madrid, 5 de octubre de 2015.

Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar⁵

FELIPE VI
REY DE ESPAÑA

A todos los que la presente vieren y entendieren.

Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente ley orgánica:

PREÁMBULO

I

La aprobación del Código Penal Militar por Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, no constituyó una mera reforma de las leyes penales militares sino su adecuación a la Constitución española, desarrollando su artículo 117.5 al proclamar los principios de legalidad, culpabilidad, igualdad y retroactividad de la ley penal más favorable; e inició la codificación separada de las leyes orgánicas relativas a la Justicia militar que había de culminar en la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal militar, para cumplir el propósito inaplazable de reformar el sistema judicial castrense según los principios constitucionales.

Una de las mayores novedades del Código Penal Militar de 1985 consistió en que dejó de ser un Código completo o integral para convertirse en una norma penal complementaria del Código Penal, dado su carácter de ley penal especial respecto del texto punitivo común. Sin embargo, no fue posible alcanzar totalmente este deseable propósito, recogido en su preámbulo, por la incertidumbre en aquellas fechas del proceso de codificación penal común, pues habría que esperar una década para la aprobación del vigente Código Penal por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. Como consecuencia de esta indefinición, solo se pudo aprobar en 1985, pese a la promulgación de la Ley Orgánica 14/1985, de 9 de diciembre, un Código Penal Militar parcialmente complementario del ordinario y de excesiva extensión en comparación con los modelos de los códigos castrenses contemporáneos.

Así pues, la necesidad de promulgar un nuevo Código Penal Militar no sólo se deriva del tiempo transcurrido desde su entrada en vigor y del mandato establecido en el apartado 3 de la disposición final 8.^a de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, sino de su naturaleza de ley penal especial que debe acoger en su articulado únicamente los preceptos que no tienen cabida en el texto común o, aun teniéndola, requieren alguna previsión singular que justifique su incorporación a la ley militar dentro del ámbito estrictamente castrense que preside su reconocimiento constitucional.

⁵ La reforma ha sido publicada en el Boletín Oficial del Estado con fecha de 15 de octubre y entrará en vigor el 15 de enero de 2016.

En efecto, la doctrina constitucional, interpretando el artículo 117.5 de la Constitución Española, estima que su propósito es limitar el ámbito de la jurisdicción militar a lo estrictamente indispensable. Concepto que se identifica, en tiempos de normalidad, con los delitos exclusivamente militares tanto por su directa conexión con los objetivos, tareas y fines propios de las Fuerzas Armadas (indispensables para las exigencias defensivas de la comunidad como bien constitucional), como por la necesidad de una vía judicial específica para su conocimiento y eventual represión.

En consecuencia, la idea que ha presidido la redacción del presente Código Penal Militar es que los bienes jurídicos protegidos por la norma penal han de ser estrictamente castrenses en función de los fines que constitucionalmente corresponden a las Fuerzas Armadas, de los medios puestos a su disposición para cumplir sus misiones y del carácter militar de las obligaciones y deberes cuyo incumplimiento se tipifica como delito militar.

Pero existen más motivos para acometer una reforma en profundidad del Código Penal Militar. En primer lugar, el proceso de modernización de la organización militar, la profesionalización ya culminada de las Fuerzas Armadas, el nuevo modelo organizativo y de despliegue territorial de la fuerza, y la permanente participación de unidades militares españolas en misiones internacionales fuera de nuestro territorio, integradas en unidades multinacionales o en organizaciones supranacionales.

En segundo término, resulta necesario dar cumplimiento a las obligaciones convencionales asumidas por España, en particular relativas a la prevención y castigo de las violaciones del Derecho Internacional Humanitario, así como a las derivadas de la ratificación por Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre, del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

En tercer lugar, se considera imprescindible introducir nuevas figuras delictivas, que agrupadas en un Título propio, otorguen protección penal al ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas de los militares, por imperativo de la citada Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas. Reformas a las que hay que añadir aquellas de orden técnico derivadas de la experiencia en la aplicación jurisprudencial del Código Penal Militar de 1985 y otras de adaptación terminológica a un lenguaje técnico-jurídico más actual y de común aceptación.

Por estas razones se justifica la elaboración de un Código Penal Militar completo, cuya aprobación facilitará su aplicación práctica, a la vista de los numerosos preceptos que deberían ser modificados y la notable reducción de su contenido, tanto en su parte general o de principios básicos como en su parte especial o de tipología delictiva. Reducción que comporta la presentación de un texto punitivo castrense cuyo articulado no alcanza en número la mitad del articulado del aprobado en 1985, como lógica consecuencia del principio de complementariedad de la ley penal militar respecto del Código Penal común, y acorde con los modelos actuales de códigos o leyes penales militares de los países de nuestro ámbito sociocultural y más asidua relación en el campo de la Defensa Nacional.

II

El nuevo texto legal se divide en dos libros, el primero dedicado a las disposiciones generales y el segundo a tipificar los delitos y al establecimiento de sus penas. Es bien apreciable la reducción del articulado en el libro primero, debido a la aplicación supletoria del Código Penal, al haberse depurado el castrense de numerosas disposiciones innecesarias profundizando en el citado principio de complementariedad de la ley penal militar.

El título I del Libro primero regula, en primer lugar, el ámbito de aplicación del Código Penal Militar, con separación de las infracciones disciplinarias militares. El artículo primero proclama la supletoriedad de las disposiciones del Código Penal y la aplicación, en todo caso, de su Título preliminar lo que permite omitir toda referencia a los principios penales ya reconocidos en el texto punitivo común.

La aplicación del presente Código a los miembros de la Guardia Civil se regula de modo detallado en el mismo precepto, con exclusión del ámbito competencial militar para conocer de las acciones u omisiones encuadrables en los actos propios del servicio desempeñado en el ejercicio de funciones de naturaleza policial.

Interpretando el artículo 7 bis del derogado Código Penal Militar, la jurisprudencia de la Sala Quinta y Sala de Conflictos del Tribunal Supremo consideró que debía aplicarse tal cuerpo legal cuando los miembros de la Guardia Civil, desde su condición de militares, realicen hechos que afecten a bienes jurídicos propios del orden castrense radicados sobre todo en la disciplina, la relación jerárquica, la unidad y la cohesión interna, la protección de los medios y recursos puestos a su disposición o al desempeño de funciones y cumplimiento de deberes esenciales no encuadrables en los servicios policiales. Así, en situaciones de normalidad se ha optado, para determinar la aplicación de sus preceptos a los miembros de la Guardia Civil, por aquellos bienes jurídicos que no pueden quedar sin protección penal en un cuerpo de naturaleza militar, como los tutelados en el Título II (delitos contra la disciplina), así como los delitos contra la seguridad y defensa nacionales (Título I), los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas (Título III) y los delitos contra los deberes del servicio (Título IV). En los supuestos previstos en los Títulos I, III y IV se excluyen aquellas acciones u omisiones que fueran encuadrables en actos propios del servicio desempeñado en el ejercicio de funciones de naturaleza policial.

Las referencias que el Código Penal Militar que se deroga realizaba a la locución «tiempos de guerra» se sustituyen por la utilización en determinados tipos penales de la expresión «en situación de conflicto armado», conforme con el concepto y terminología empleados por los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, sus Protocolos Adicionales y la jurisprudencia consolidada en materia de Derecho Internacional Humanitario.

Por otra parte, se mantienen las definiciones que encabezan tradicionalmente el código castrense, como la de militar, Autoridad militar, centinela, superior, actos de servicio, enemigo u orden, entre otras, actualizadas de acuerdo con las exigencias

derivadas de la legislación interna o internacional ratificada por España, y de las precisiones aportadas por la jurisprudencia y la doctrina.

El título II está dedicado a regular el delito militar, concepto central del presente Código en torno al cual se construye la especialidad de la ley penal militar y su carácter complementario del Código Penal. Así, la noción de delito militar abarca no sólo los definidos específicamente en la parte especial (Libro Segundo) del código castrense como delitos militares, sino también aquellas conductas que lesionan bienes jurídicos estricta o esencialmente militares incriminados en la legislación penal común, siempre que sean cualificados por la condición militar del autor y, además, por su especial afección a los intereses, al servicio y a la eficacia de la organización castrense. A esta concepción obedece la consideración como delitos militares de los delitos de traición y delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, cuando son cometidos por un militar con abuso de las facultades e infracción de los deberes establecidos en la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas o en la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil. Se atribuye también la consideración de delito militar al de rebelión únicamente en caso de conflicto armado internacional.

En los delitos militares se reconoce como circunstancia atenuante muy cualificada la provocación u otra actuación injusta por parte del superior que haya producido en el subordinado arrebató, obcecación u otro estado pasional semejante. También se define la reincidencia, a los efectos del presente Código.

El Título III regula las penas, sus clases, efectos, reglas de aplicación y cumplimiento. Es notable la simplificación del sistema penológico y su adecuación al del Código Penal, incluyendo la clasificación en penas graves y menos graves. Asimismo se determina el lugar de cumplimiento, establecimiento penitenciario militar, de las penas privativas de libertad impuestas a militares y las especialidades previstas para la situación de conflicto armado. Como novedad se establecen la pena de multa, que se incorpora como sanción alternativa para determinados delitos culposos, la pena de localización permanente y la revocación de ascensos.

En la aplicación de las penas los Tribunales militares seguirán las mismas reglas señaladas en el Código Penal y razonarán en la sentencia la individualización penal.

Al establecerse como pena mínima privativa de libertad la de prisión de tres meses y un día, se faculta a los Tribunales para reducirla en uno o dos grados, cuando corresponda según las reglas del Código Penal, sin que pueda ser inferior a dos meses y un día, con objeto de diferenciarla de la sanción máxima de sesenta días de arresto prevista en el régimen disciplinario militar.

Se determina la sustitución de la pena común de trabajos en beneficio de la comunidad, poco adecuada para cumplirse en el ámbito castrense, por la pena de localización permanente establecida en el Código Penal.

Se confiere a los Tribunales militares la facultad de aplicar las formas sustitutivas de ejecución de las penas privativas de libertad y se les habilita para aplicar las medidas de seguridad y consecuencias accesorias previstas en el Código Penal.

Por ser de aplicación supletoria las normas correspondientes del Código Penal, en virtud del principio de complementariedad, desaparece en el presente Código toda referencia a las normas sobre extinción de la responsabilidad penal y responsabilidad civil subsidiaria del Estado.

III

El Libro Segundo, «Delitos y sus penas», tipifica los delitos militares y establece las penas a través de sus cinco títulos donde se recogen los ilícitos penales específicamente castrenses con una tipificación precisa, respetuosa con el principio de legalidad y taxatividad, debidamente depurada y actualizada. En algunos delitos, para evitar problemas de alternatividad y enojosas repeticiones, se contiene una simple remisión a la descripción típica prevista en el Código Penal, conforme al principio de complementariedad que preside el presente Código.

El Título I, dividido en ocho Capítulos, castiga los delitos contra la seguridad y defensa nacionales.

El Capítulo I tipifica con carácter independiente determinadas conductas constitutivas del delito de traición militar, al no encontrarse previstas en el delito de traición del Código Penal y las castiga, por su gravedad, con la máxima pena privativa de libertad establecida en el presente Código. En el Capítulo II se sanciona el espionaje militar como delito militar específico.

En el Capítulo III, la revelación de secretos e informaciones relativas a la Seguridad y Defensa Nacionales se remite a las conductas así tipificadas en el Código Penal, para agravar la pena en situación de conflicto armado o estado de sitio. La misma técnica de remisión al Código Penal e idénticas consecuencias punitivas se utilizan en el Capítulo IV en relación con los delitos de atentados contra los medios o recursos de la Seguridad y Defensa Nacionales. En tal Capítulo, entre otros, se castiga el allanamiento de dependencia o establecimiento militar.

El Capítulo V tipifica como delito militar el incumplimiento de bandos militares en situación de conflicto armado o estado de sitio y el Capítulo VI, bajo el epígrafe de Disposiciones comunes, incrimina determinadas conductas relativas a los delitos de traición y espionaje, potencia aliada (que define) y actos preparatorios (conspiración, proposición y provocación).

En el Capítulo VII se agrupan los delitos contra centinela, Autoridad militar, fuerza armada (que define) y policía militar, recogiendo sus especialidades en caso de conflicto armado, estado de sitio o en el curso de una operación internacional coercitiva o de paz.

Los ultrajes a España (su Bandera, Himno o alguno de sus símbolos o emblemas), a la Constitución o al Rey y las injurias a la organización militar se incriminan en el Capítulo VIII cuando el sujeto activo tenga la condición militar.

El núcleo más característico de las infracciones penales militares está constituido por los delitos contra la disciplina, que se agrupan en el Título II.

La ruptura colectiva de la disciplina militar se castiga como delito de sedición militar en el Capítulo I, incriminando conductas de diferente gravedad y los actos preparatorios. Está previsto que las conductas menos graves puedan sancionarse en vía disciplinaria militar.

El Capítulo II tipifica bajo el epígrafe de insubordinación el insulto al superior y la desobediencia. En el insulto a superior, además de los clásicos maltratos de obra, se ha añadido la incriminación de los atentados contra la libertad o indemnidad sexuales.

En el delito de desobediencia, descrito en términos bien consolidados por la doctrina jurisprudencial, se contempla la exención de responsabilidad criminal, de forma similar a la prevista en el Código Penal y en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, por desobedecer órdenes que entrañen la ejecución de actos que manifiestamente constituyan delito, en particular contra la Constitución, o una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de ley o del Derecho Internacional de los conflictos armados. A los efectos de este delito se incorpora una definición de superior concordante con la establecida en la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas.

El Capítulo III incrimina el abuso de autoridad castigando, entre otras conductas, el maltrato de obra, el trato degradante, inhumano o humillante, los actos de agresión o abusos sexuales, los actos de acoso tanto sexual y por razón de sexo como profesional, las amenazas, coacciones, injurias y calumnias, así como los atentados a la intimidad, dignidad personal y en el trabajo y los actos discriminatorios.

Una de las novedades más relevantes del presente Código es la incorporación del Título III que castiga los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas por los militares, otorgando adecuada protección penal a tales derechos y libertades al tiempo que cumple con el mandato expresado en el apartado 3 de la disposición final octava de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas.

El más extenso de los Títulos del Código Penal Militar (Título IV) agrupa en ocho Capítulos los delitos contra los deberes del servicio. Su Capítulo I incrimina la cobardía cualificada por un elemento subjetivo del injusto: el temor al riesgo personal que viole un deber castrense exigible a quien posea la condición militar.

La deslealtad integra el contenido del Capítulo II, castigándose la información militar falsa en la que están previstos los efectos atenuantes de la retractación.

El Capítulo III castiga los delitos contra los deberes de presencia y de prestación del servicio, sancionando, en primer lugar, el abandono de destino o residencia, al

tiempo que se cuida la debida coordinación con los plazos establecidos en el régimen disciplinario militar.

El clásico delito de desertión se caracteriza por la concurrencia del ánimo de sustraerse permanentemente al cumplimiento de las obligaciones militares que califica la ausencia o la no presentación en la unidad, destino o lugar de residencia.

Conductas particularmente incriminadas en este Capítulo son los quebrantamientos especiales del deber de presencia como la ausencia frente al enemigo, rebeldes o sediciosos o en circunstancias críticas, quedarse en tierra a la salida del buque o aeronave, así como la inutilización voluntaria y simulación para eximirse del servicio. El Capítulo se cierra con una disposición común que sanciona los actos preparatorios.

El Capítulo IV castiga los delitos contra los deberes del mando sancionando, en primer lugar, la infracción de sus deberes en diversas situaciones de conflicto armado o estado de sitio. También se regula de forma especial la responsabilidad del mando y se castiga su tolerancia ante abusos de autoridad, extralimitaciones y delitos militares cometidos por sus subordinados. Completan este Capítulo la tipificación de las extralimitaciones en el ejercicio del mando y exposición de la unidad a riesgos innecesarios.

Los quebrantamientos del servicio integran el contenido del Capítulo V incriminándose, en primer lugar, el abandono de un servicio de armas o de cualquier otro servicio en determinadas circunstancias. Se regulan, en segundo lugar, los delitos contra los deberes de centinela como el abandono de puesto, el incumplimiento de sus obligaciones con grave daño al servicio o el incumplimiento de los cometidos de vigilancia de los espacios aéreos. Finalmente, se sanciona la embriaguez o la drogadicción en acto de servicio de armas o ejerciendo mando.

El Capítulo VI castiga la omisión del deber de socorro cometida por los militares, desde las conductas más reprobables por tratarse de situaciones de peligro en caso de conflicto armado o estado de sitio hasta la incriminación del hecho de dejar de socorrer al compañero en peligro grave. También se sanciona por remisión al Código Penal la omisión de socorro cometida por el militar en una misión de colaboración con las Administraciones Públicas.

Uno de los Capítulos que incorpora mayores novedades al presente Código es el relativo a los delitos contra la eficacia en el servicio (Capítulo VII). Abarca desde conductas imprudentes hasta violaciones de los deberes militares que inciden directamente en el bien jurídico protegido: la eficacia en el desarrollo de los cometidos estrictamente castrenses. Así se castigan, en primer lugar, determinados daños previstos en el Código Penal perpetrados por un militar y otras conductas lesivas cometidas por imprudencia grave. Se incluyen en la tipificación de tales daños los ocasionados por naufragio, abordaje, varada, aterrizaje indebido o colisión con otra aeronave para incriminar aquellos delitos náuticos más característicos que figuraban en el

desaparecido Título VII del Código Penal Militar de 1985, relativo a los delitos contra los deberes del servicio relacionados con la navegación.

En segundo lugar, se sanciona el incumplimiento doloso de una consigna general, la inobservancia imprudente de una orden recibida y una serie de conductas concretas que podrían ser definidas como acciones de riesgo o incumplimiento doloso de deberes militares fundamentales, ocasionando grave daño para el servicio.

La innovación más demandada por la realidad criminológica y con abundantes ejemplos en la legislación comparada, es la incriminación del tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas con remisión a los tipos del Código Penal, cuando tales hechos son cometidos por un militar en instalaciones militares, buques, aeronaves, campamentos o durante ejercicios. Circunstancias que afectan indudablemente a la eficacia en la prestación del servicio y comportan un riesgo evidente para quienes utilizan armas y medios cuyo manejo requiere un especial deber de cuidado, por lo que el castigo de este delito debe ser incorporado al ámbito estrictamente castrense.

Otro de los destacados delitos que tipifica este Capítulo consiste en la imprudencia en acto de servicio de armas con resultado de muerte o lesiones constitutivas de delito, con la remisión para su castigo a las penas previstas en el Código Penal para el homicidio o lesiones imprudentes.

Finalmente, el Capítulo VIII incrimina el uso indebido de uniforme o distintivos militares que se califica como delito contra otros deberes del servicio.

Además se castiga específicamente al militar que dejase de promover la persecución de delitos o no los denunciare.

El Título V y último de la Segunda parte del presente Código, se refiere a los delitos contra el patrimonio en el ámbito militar. Al lado de infracciones clásicas, como la solicitud de crédito para atención supuesta, se incriminan con remisión a los tipos previstos en el Código Penal los delitos de hurto, robo, apropiación indebida y daños cometidos por un militar en relación con el equipo reglamentario, materiales o efectos.

Se completa la tipificación del prevalimiento de un militar para procurarse intereses en un contrato que afecte a la Administración Militar con la remisión al delito previsto en el artículo 441 del Código Penal para completar el castigo de estas conductas reprobables.

Asimismo se sanciona penalmente el incumplimiento de contrato en caso de conflicto armado o estado de sitio, cuando resulten afectados los intereses de la Defensa Nacional. El título finaliza con la incriminación específica de la receptación, que remite para su castigo a las penas y medidas previstas en el Código Penal.

IV

Se incorporan al presente Código dos disposiciones adicionales, así como las oportunas disposiciones transitorias y derogatoria.

La disposición final primera modifica numerosos e importantes preceptos de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, en particular regulando la intervención del Consejo General del Poder Judicial en los nombramientos de los miembros de los órganos judiciales militares. La disposición final segunda modifica diversos preceptos de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar.

Las disposiciones finales tercera y cuarta realizan las adaptaciones precisas del articulado de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar y de la Ley 29/2014, de 28 de noviembre, de Régimen de Personal del Cuerpo de la Guardia Civil, en relación con los efectos de la pena de suspensión militar de empleo.

La disposición final quinta modifica y adiciona una nueva falta grave a la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

V

En su tramitación, esta ley orgánica, como anteproyecto, fue informada por las asociaciones profesionales de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil, el Consejo General del Poder Judicial, el Consejo Fiscal, el Consejo de Personal de las Fuerzas Armadas, el Consejo de la Guardia Civil y el Consejo de Estado.

LIBRO PRIMERO

Disposiciones generales

TÍTULO I

Ámbito de aplicación del Código Penal Militar y definiciones

Artículo 1.

1. El Código Penal Militar será de aplicación a las infracciones que constituyan delitos militares. Las infracciones disciplinarias cometidas por los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil se registrarán por su legislación específica.

2. Las disposiciones del Código Penal serán aplicables a los delitos militares como supletorias en lo no previsto expresamente por el presente Código. En todo caso será de aplicación el Título Preliminar del Código Penal.

3. Cuando a una acción u omisión constitutiva de un delito militar le corresponda en el Código Penal una pena más grave, se aplicará dicho Código por la Jurisdicción Militar.

4. El presente Código se aplicará a los miembros del Cuerpo de la Guardia Civil y a los alumnos pertenecientes a la enseñanza de formación de dicho cuerpo en los siguientes supuestos:

- a) En tiempo de conflicto armado.
- b) Durante la vigencia del estado de sitio.
- c) En el cumplimiento de las misiones de carácter militar que se les encomienden.

d) Mientras se encuentren integrados en Unidades de las Fuerzas Armadas.

5. Fuera de los supuestos previstos en el apartado anterior, el Código Penal Militar se aplicará a los miembros de la Guardia Civil y a los alumnos pertenecientes a la enseñanza de formación de dicho cuerpo cuando se trate de acciones u omisiones constitutivas de delito militar previstas en el Título II del Libro Segundo de este Código.

También se aplicará a las mismas personas por la comisión de los delitos tipificados en los Títulos I, III y IV del Libro Segundo, excluyendo en estos supuestos aquellas acciones u omisiones encuadrables en actos propios del servicio desempeñado en el ejercicio de funciones de naturaleza policial.

6. Sin perjuicio de lo establecido en los Tratados Internacionales, los preceptos de este Código son aplicables a todos los hechos previstos en el mismo, con independencia del lugar de comisión.

Artículo 2.

Son militares, a efectos de este Código, quienes al momento de la comisión del delito posean dicha condición, de conformidad con las leyes relativas a la adquisición y pérdida de la misma y, concretamente, con las excepciones que expresamente se determinen en su legislación específica:

1.º Los que mantengan una relación de servicios profesionales con las Fuerzas Armadas o con la Guardia Civil, mientras no pasen a alguna situación administrativa en la que tengan en suspenso su condición militar.

2.º Los reservistas cuando se encuentren activados en las Fuerzas Armadas.

3.º Los alumnos de los centros docentes militares de formación y los aspirantes a la condición de reservistas voluntarios en su periodo de formación militar.

4.º Los alumnos pertenecientes a la enseñanza de formación de la Guardia Civil.

5.º Quienes pasen a tener cualquier asimilación o consideración militar, de conformidad con la Ley Orgánica reguladora de los Estados de Alarma, Excepción o Sitio y normas de desarrollo.

6.º En las situaciones de conflicto armado o estado de sitio, los capitanes, comandantes y miembros de la tripulación de buques o aeronaves no militares que formen parte de un convoy, bajo escolta o dirección militar, así como los prácticos a bordo de buques de guerra y buques de la Guardia Civil.

7.º Los prisioneros de guerra, respecto de los que España fuera potencia detenedora.

Artículo 3.

A efectos de este Código, son Autoridades Militares:

1.º El Rey, el Presidente del Gobierno, el Ministro de Defensa y quienes les sustituyen en el ejercicio de las atribuciones constitucionales o legales inherentes a sus prerrogativas o funciones.

2.º El Jefe de Estado Mayor de la Defensa, el Subsecretario de Defensa y los Jefes de Estado Mayor del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire y el Director General de la Guardia Civil.

3.º Los oficiales generales con mando, jefatura o dirección sobre fuerza, unidad, centro u organismo o que, por razón del cargo o función, tengan atribuida jurisdicción en un lugar o territorio determinado.

4.º Los militares que, en las situaciones de conflicto armado o estado de sitio, ostenten la condición de Jefe de Unidad que opere separadamente, en el espacio a que alcanza la acción militar.

5.º Los Auditores Presidentes y Vocales de los Tribunales Militares, los Fiscales Jurídico Militares y los Jueces Togados Militares.

6.º Mientras permanezcan fuera del territorio nacional, los Comandantes de buques de guerra o de aeronaves militares y los Oficiales destacados para algún servicio en los lugares, aguas o espacios en que deban prestarlo, cuando en ellos no exista autoridad militar y en lo que concierna a la misión militar encomendada.

7.º Los Jefes de Unidades que tomen parte en operaciones en el exterior, impliquen o no el uso de la fuerza, durante la participación de la Unidad en tales operaciones, mientras permanezcan fuera del territorio nacional.

Artículo 4.

1. Es centinela, a los efectos de este Código, el militar que, en acto de servicio de armas y cumpliendo una consigna, guarda un puesto confiado a su responsabilidad, portando a la vista el arma de fuego que por su cometido le corresponda.

2. Tienen además dicha consideración los militares que sean:

a) Componentes de las guardias de seguridad en el ejercicio de su cometido;

b) Operadores de las redes militares de transmisiones, comunicaciones o informáticas durante el desempeño de sus cometidos; y

c) Operadores de sistemas electrónicos de vigilancia y control de los espacios confiados a los Centros o estaciones en que sirven u observadores visuales de los mismos espacios, durante el desempeño de sus cometidos.

Artículo 5.

1. A los efectos de este Código y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 44, es superior el militar que, respecto de otro, ostente empleo jerárquicamente más elevado, o ejerza autoridad, mando o jurisdicción en virtud del cargo o función que desempeñe como titular o por sucesión reglamentaria.

2. Se considerarán superiores, respecto de los prisioneros de guerra de los que España fuera potencia detenedora, los militares españoles, cualquiera que fuere su empleo, encargados de su vigilancia o custodia y en el ejercicio de tales cometidos.

Artículo 6.

1. Son actos de servicio, a los efectos de este Código, todos los que tengan relación con las funciones que correspondan a cada militar en el cumplimiento de sus específicos cometidos.

2. A los efectos de este Código, son actos de servicio de armas todos los que requieren para su ejecución el uso, manejo o empleo de armas, cualquiera que sea su naturaleza, conforme a las disposiciones generales aplicables o a las órdenes particulares debidamente cursadas al respecto, así como los actos preparatorios de los mismos, ya sean individuales o colectivos, desde su iniciación con el llamamiento a prestarlo hasta su total terminación, y cuantos actos anteriores o posteriores al propio servicio de armas se relacionen con éste o afecten a su ejecución.

Asimismo, tendrán esta consideración los actos relacionados de forma directa con la navegación de buques de guerra o de la Guardia Civil, o el vuelo de aeronaves militares. También la tendrán los servicios de transmisiones, comunicaciones o informáticos, detección y análisis del espacio radioeléctrico o cibernético, imágenes o datos y cualesquiera otros servicios de vigilancia y control de los espacios en que se desarrollen las operaciones militares.

Artículo 7.

1. A los efectos de este Código, se entiende por enemigo:

1.º Los miembros de las fuerzas armadas de una parte que se halle en situación de conflicto armado con España;

2.º Toda fuerza, formación o banda que ejecute una operación armada, a las órdenes, por cuenta o con la ayuda de tal parte enemiga;

3.º Las fuerzas, formaciones o bandas, integrantes de grupos armados no estatales, que operen en un espacio donde España desarrolle o participe en una operación internacional coercitiva o de paz, de conformidad con el ordenamiento internacional;

4.º Los grupos armados organizados a que se refiere el apartado 4 del artículo 1 del Protocolo I de 8 de junio de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, que se encuentren en situación de conflicto armado con España.

2. Las fuerzas terrestres, navales o aéreas están frente al enemigo o frente a rebeldes o sediciosos, a efectos de este Código, cuando se hallen en situación tal que puedan dirigir actos de hostilidad contra alguno de ellos, entrar inmediatamente en combate o ser susceptibles de sus ataques, así como cuando, estando desplegadas en la zona de operaciones, sean alertadas para tomar parte en una operación bélica o para la utilización de la fuerza armada propia en un conflicto armado o en una operación internacional coercitiva o de paz.

3. A los efectos de este Código, son circunstancias críticas aquellas situaciones de peligro inminente para la integridad de las personas o el cumplimiento de la misión encomendada, así como las que supongan un riesgo grave e inmediato para la unidad,

buque de guerra o de la Guardia Civil, o aeronave militar donde el responsable preste sus servicios.

Artículo 8.

Es orden todo mandato relativo al servicio que un superior militar da a un subordinado, en forma adecuada y dentro de las atribuciones que le corresponden, para que lleve a cabo u omita una actuación concreta.

TÍTULO II

Del delito militar

Artículo 9.

1. Son delitos militares las acciones u omisiones dolosas o imprudentes previstas en el Libro Segundo de este Código.

2. Asimismo son delitos militares cualesquiera otras acciones u omisiones cometidas por un militar y tipificadas en el Código Penal como:

a) Delitos de traición y delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, incluidas las disposiciones comunes, siempre que se perpetraren con abuso de facultades o infracción de los deberes establecidos en la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas o en la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil.

b) Delito de rebelión, en caso de conflicto armado internacional.

3. El límite máximo de las penas establecidas en el Código Penal para los delitos previstos en el apartado segundo de este artículo se incrementará en un quinto, salvo cuando la condición de autoridad o funcional del sujeto activo de la infracción penal ya haya sido tenido en cuenta por la ley al describir o sancionar el delito.

Artículo 10.

1. En los delitos militares se considerará circunstancia atenuante muy cualificada, la de haber precedido por parte del superior inmediata provocación o cualquiera otra actuación injusta que haya producido en el sujeto arrebató, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante.

2. A los efectos de este Código, se entiende que hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por delito comprendido en el mismo Título de este Código o en alguno de los previstos en el apartado 2 del artículo 9 de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza.

No se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo.

TÍTULO III

De las penas

CAPÍTULO I

De las penas y sus clases

Artículo 11.

Las penas principales que pueden imponerse por los delitos comprendidos en el Libro II de este Código, sin perjuicio de las que correspondan por aplicación del Código Penal en los casos así expresados, son:

1.º Graves:

- Prisión superior a tres años.
- Pérdida de empleo.
- Inhabilitación absoluta para mando de buque de guerra o aeronave militar.

2.º Menos graves:

- Prisión de tres meses y un día a tres años.
- Prisión de dos meses y un día a tres meses.
- Suspensión militar de empleo, de tres meses y un día a tres años.
- Multa de dos a seis meses.
- La pena de localización permanente de dos meses y un día a seis meses.

Son penas accesorias la pérdida de empleo, la suspensión militar de empleo y la revocación de ascensos.

Artículo 12.

1. La pena de prisión tendrá una duración mínima de dos meses y un día y máxima de veinticinco años, salvo lo que excepcionalmente resulte por aplicación del Código Penal.

2. Las penas de privación de libertad impuestas a militares se cumplirán en el establecimiento penitenciario militar designado por el Ministerio de Defensa, salvo que se trate de pena privativa de libertad impuesta por delito común que lleve consigo la baja en las Fuerzas Armadas o en la Guardia Civil, en cuyo caso se extinguirá en establecimiento penitenciario ordinario, con separación del resto de los penados.

3. La pena de localización permanente se cumplirá, conforme a lo previsto en el Código Penal, en el domicilio del reo o, en su caso, en el establecimiento penitenciario designado por el Ministerio de Defensa.

4. En situación de conflicto armado, las penas privativas de libertad impuestas a militares podrán ser cumplidas en la unidad de su destino y en cometidos que el mando militar designe, en atención a las exigencias de la campaña y de la disciplina, previa comunicación y aprobación del órgano judicial actuante.

Artículo 13.

La pena de inhabilitación absoluta para mando de buque de guerra o aeronave militar privará al penado, con carácter permanente, del mando de éstos.

La pena de multa se determinará y aplicará por el sistema establecido en el Código Penal.

Artículo 14.

Para el cumplimiento de la condena será de abono el tiempo de privación de libertad o de derechos acordados cautelar o preventivamente, en los términos previstos en el Código Penal.

Se hará extensivo el abono al tiempo de detención y de arresto disciplinario, así como al permanecido en la situación de suspensión de funciones, si se hubiesen sufrido por los mismos hechos y se tratare del mismo bien jurídico protegido.

CAPÍTULO II**De las penas accesorias****Artículo 15.**

Además de las penas accesorias previstas en el Código Penal, para los militares la pena de prisión que exceda de tres años, llevará consigo la accesoria de pérdida de empleo y la de prisión de menor duración, la accesoria de suspensión militar de empleo.

En el caso de militares condenados a una pena de prisión que exceda de seis meses por delito doloso, el Tribunal podrá imponer la pena accesoria de revocación de los ascensos al empleo o empleos que haya alcanzado el condenado desde la comisión de los hechos calificados como delictivos en la sentencia hasta la fecha de la firmeza, motivándolo expresamente en la sentencia conforme a los criterios de individualización penal contenidos en el artículo 19 del presente Código.

CAPÍTULO III**Efectos de las penas****Artículo 16.**

Toda pena de prisión impuesta a cualquier militar producirá el efecto de que su tiempo de duración no será de abono para el servicio.

Artículo 17.

1. La pena de pérdida de empleo, que es de carácter permanente, produce la baja del penado en las Fuerzas Armadas o en la Guardia Civil, con privación de todos los derechos adquiridos en ellas, excepto los pasivos que pudieran corresponderle.

2. Para los alumnos de los centros docentes militares de formación esta pena producirá, además, la baja en el centro docente, con la pérdida de la condición de alumno.

Artículo 18.

La pena de suspensión militar de empleo privará de todas las funciones propias del mismo, durante el tiempo de la condena. También producirá el efecto de quedar inmovilizado en su empleo en el puesto que ocupe, y no será de abono para el servicio. Concluida la suspensión finalizará la inmovilización en el empleo y la pérdida de puesto será definitiva.

CAPÍTULO IV**Aplicación de las penas****Artículo 19.**

1. Los Tribunales Militares impondrán la pena prevista para los delitos militares siguiendo las reglas para la aplicación de las penas establecidas en el Código Penal.

2. No obstante, tratándose de delitos dolosos y cuando no concurren atenuantes ni agravantes, aplicarán la pena establecida por la ley en la extensión que estimen adecuada, teniendo en cuenta las circunstancias personales del culpable, su graduación, función militar, la naturaleza de los móviles que le impulsaron, la gravedad y trascendencia del hecho en sí y en su relación con el servicio o el lugar de su perpetración.

3. La individualización penal que se efectúe deberá ser razonada en la sentencia.

Artículo 20.

Los Tribunales Militares no quedarán limitados por las cuantías mínimas señaladas en la Ley a cada clase de pena, sino que podrán reducirla en uno o dos grados, en la forma que resulte de la aplicación de la regla correspondiente del Código Penal, sin que, en ningún caso, pueda imponerse pena de prisión inferior a dos meses y un día.

La pena inferior en un grado a la de pérdida de empleo, impuesta como principal, será la de suspensión militar de empleo.

Artículo 21.

Cuando la pena establecida en el Código Penal para los delitos militares previstos en este Código sea la de trabajos en beneficio de la comunidad, se aplicará a los militares la pena de localización permanente de dos meses y un día a tres meses.

CAPÍTULO V**De la suspensión de la de ejecución de las penas privativas de libertad, las formas sustitutivas de ejecución de las penas y de la libertad condicional****Artículo 22.**

1. Los Tribunales Militares podrán aplicar las formas sustitutivas de ejecución de las penas privativas de libertad previstas en el Código Penal, incluida la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad.

2. Para la adopción de dichas medidas los Tribunales Militares estarán a lo dispuesto en el Código Penal.

3. La libertad condicional se aplicará conforme a lo establecido en el Código Penal.

CAPÍTULO VI

De las medidas de seguridad y consecuencias accesorias

Artículo 23.

Los Tribunales Militares aplicarán, en su caso, las medidas de seguridad y las consecuencias accesorias previstas en el Código Penal.

LIBRO SEGUNDO

Delitos y sus penas

TÍTULO I

Delitos contra la seguridad y defensa nacionales

CAPÍTULO I

Traición militar

Artículo 24.

Con independencia de lo previsto en el Código Penal para el delito de traición, será castigado con la pena de prisión de quince a veinticinco años, el militar que, con el propósito de favorecer al enemigo:

1.º Ejerciere coacción sobre el que ostenta el mando de una fuerza, buque o aeronave, para capitular, rendirse, demorar el combate o iniciar la retirada.

2.º Se fugare de sus filas con el ánimo de incorporarse al enemigo.

3.º Propalare o difundiere noticias desmoralizadoras o realizare cualesquiera otros actos derrotistas.

4.º Ejecutare actos de sabotaje, dificultare las operaciones bélicas o de cualquier otro modo efectivo causare quebranto a los medios o recursos afectos a la defensa militar.

CAPÍTULO II

Espionaje militar

Artículo 25.

El extranjero que, en situación de conflicto armado, se procurare, difundiera, falseare o inutilizare información clasificada como reservada o secreta o de interés militar susceptible de perjudicar a la seguridad o a la defensa nacionales, o de los medios técnicos o sistemas empleados por las Fuerzas Armadas o la Guardia Civil o las industrias de interés militar, o la revelase a potencia extranjera, asociación u organismo internacional, será castigado, como espía, a la pena de diez a veinte años de prisión.

El militar español que cometiere este delito será considerado autor de un delito de traición militar y castigado con la pena prevista en el artículo anterior.

CAPÍTULO III

Revelación de secretos e informaciones relativas a la seguridad y defensa nacionales

Artículo 26.

El militar que cometiere cualquiera de los delitos previstos en los artículos 277 ó 598 a 603 del Código Penal será castigado con la pena establecida en el mismo incrementada en un quinto de su límite máximo. En situación de conflicto armado o estado de sitio se impondrá la pena superior en uno o dos grados.

CAPÍTULO IV

Atentados contra los medios o recursos de la seguridad o defensa nacionales

Artículo 27.

El militar que, con el propósito de atentar contra los medios o recursos de la seguridad o defensa nacionales, cometiere alguno de los delitos previstos en los artículos 264 a 266 o 346 del Código Penal será castigado con la pena prevista para dichos delitos incrementada en un quinto de su límite máximo. La misma pena se impondrá al que cometiere el delito tipificado en el artículo 346 del Código Penal, en situación de conflicto armado o estado de sitio, cuando no tenga la condición militar.

Artículo 28.

El militar que denunciare falsamente la existencia, en lugares afectos a las Fuerzas Armadas o a la Guardia Civil, de aparatos explosivos u otros similares o entorpeciere intencionadamente el transporte, aprovisionamiento, transmisiones o cualquier clase de misión militar, será castigado con la pena de seis meses a seis años de prisión.

Se impondrá la pena superior en grado al que, en situación de conflicto armado o estado de sitio, cometiere este delito.

Artículo 29.

El que penetrare o permaneciere en un centro, dependencia o establecimiento militar contra la voluntad expresa o tácita de su jefe, o vulnerare las medidas de seguridad establecidas para la protección de aquellos, será castigado con la pena de tres meses y un día a cuatro años de prisión.

CAPÍTULO V

Incumplimiento de bandos militares en situación de conflicto armado o estado de sitio

Artículo 30.

El que se negare a cumplir o no cumpliera las prescripciones contenidas en los Bandos que dicten las Autoridades Militares en situación de conflicto armado o estado

de sitio, será castigado con la pena de tres meses y un día a seis años de prisión.

CAPÍTULO VI

Disposiciones comunes a los capítulos anteriores

Artículo 31.

1. El militar que, teniendo conocimiento de que se trata de cometer alguno de los delitos de traición o espionaje, no empleare los medios a su alcance para evitarlo será castigado con la pena de cinco a quince años de prisión. Si no lo denunciare a sus superiores se impondrá la pena en su mitad inferior.

2. Quedarán exentos de pena quienes intervengan en un delito de traición o espionaje, si lo denunciaren a tiempo de evitar su consumación.

Artículo 32.

1. Las penas establecidas para los delitos previstos en los Capítulos I al V de este Título o las penas inferiores en grado, se impondrán cuando también se cometieren contra Potencia aliada.

2. A efectos de este Código se entenderá que Potencia aliada es todo Estado u Organización Internacional con los que España se halle unida por un Tratado o alianza militar o de defensa, así como cualquier otro Estado u Organización Internacional que tome parte en un conflicto armado contra un enemigo común, coopere en una operación armada o participe en una operación internacional coercitiva o de paz de acuerdo con el ordenamiento internacional, en las que tome parte España.

Artículo 33.

La conspiración, la proposición y la provocación para cometer los delitos previstos en los Capítulos I al V de este Título serán castigadas con la pena inferior en grado a las respectivamente señaladas.

CAPÍTULO VII

Delitos contra centinela, autoridad militar, fuerza armada o policía militar

Artículo 34.

El que desobedeciere o hiciere resistencia a órdenes de centinela será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión. Si le maltratare de obra será castigado con la pena de cuatro meses a tres años de prisión, sin perjuicio de la pena que pueda corresponder por los resultados lesivos producidos conforme al Código Penal.

Se impondrán las penas superiores en grado a las respectivamente señaladas en el párrafo anterior cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

1. Si el hecho se verifica con armas u otro medio peligroso.

2. Si la acción se ejecuta en situación de conflicto armado, estado de sitio o en el curso de una operación internacional coercitiva o de paz.

Artículo 35.

1. El militar que cometiere alguno de los delitos previstos en los artículos 550 a 556 del Código Penal, contra autoridad militar, fuerza armada o policía militar, en sus funciones de agentes de la autoridad, será castigado con las penas allí previstas, cuyo límite máximo se incrementará en un quinto, salvo cuando la condición de autoridad o funcional del sujeto activo de la infracción penal ya haya sido tenido en cuenta por la ley al describir o sancionar el delito. Todo ello sin perjuicio de la aplicación del artículo 21 del presente Código.

2. El que, en situación de conflicto armado, estado de sitio o en el curso de una operación internacional coercitiva o de paz, cometiere estos delitos será castigado con las penas superiores en grado a las respectivamente señaladas en el Código Penal.

3. A los efectos de este Código, se entenderá que son fuerza armada los militares que, vistiendo uniforme, presten un servicio reglamentariamente ordenado que legalmente esté encomendado a las Fuerzas Armadas y, en el caso de la Guardia Civil, que no sea encuadrable en el ejercicio de funciones de naturaleza policial y, en todo caso, en situación de conflicto armado, en estado de sitio o cuando se encuentren integrados en unidades de las Fuerzas Armadas.

CAPÍTULO VIII**Ultrajes a España e injurias a la organización militar****Artículo 36.**

El militar que ofendiere o ultrajare a España, su Bandera, Himno o alguno de sus símbolos o emblemas, a la Constitución o al Rey, será castigado con la pena de tres meses y un día a tres años de prisión. Cuando el delito fuere cometido con publicidad, ante una concurrencia de personas o en situación de conflicto armado o estado de sitio se impondrá la pena incrementada en un quinto de su límite máximo.. En todo caso se podrá imponer, además, la pena de pérdida de empleo.

El militar que ofendiere o ultrajare a las insignias o emblemas militares será castigado con la pena de tres meses y un día a un año de prisión.

Artículo 37.

El militar que injuriare a las Fuerzas Armadas, Guardia Civil, Instituciones o Cuerpos determinados de los mismos será castigado con la pena de tres meses y un día a un año de prisión. Se impondrá la pena incrementada en un quinto de su límite máximo cuando el delito fuere cometido con publicidad, ante una concurrencia de personas o en situación de conflicto armado o estado de sitio.

TÍTULO II

Delitos contra la disciplina

CAPÍTULO I

Sedición militar

Artículo 38.

Los militares que, mediante concierto expreso o tácito, en número de cuatro o más o que, sin llegar a este número, constituyan al menos la mitad de una fuerza, dotación o tripulación, se negaren a obedecer o no cumplieren las órdenes legítimas recibidas, incumplieren los demás deberes del servicio o amenazaren, ofendieren o ultrajaren a un superior, serán castigados con la pena de dos a quince años de prisión cuando se trate de los que hubieren inducido, sostenido o dirigido la sedición, del cabecilla que se ponga al frente o, en todo caso, si se trata de suboficiales o militares de categoría superior, y con la pena de uno a diez años de prisión cuando se trate de los meros ejecutores. Se impondrá, además, la pena de pérdida de empleo.

Se impondrán las penas señaladas en el párrafo anterior, incrementadas en un quinto de su límite máximo, cuando concurriere alguna de las circunstancias siguientes:

1.º Que los hechos tuvieran lugar frente al enemigo, rebeldes o sediciosos, o en circunstancias críticas.

2.º Que se hubieren esgrimido armas.

3.º Que se hubiere maltratado de obra a superior, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por los resultados lesivos producidos conforme al Código Penal.

Artículo 39.

Los militares que, en número de cuatro o más, hicieren reclamaciones o peticiones colectivas en tumulto o portando armas, serán castigados con la pena de uno a seis años de prisión, cuando se trate de quienes hubieren inducido, sostenido o dirigido la sedición, del cabecilla que se ponga al frente o, en todo caso, de los suboficiales o militares de categoría superior que intervinieren, y con la pena de seis meses a cuatro años de prisión cuando se trate de los meros ejecutores. Se podrá imponer, además, la pena de pérdida de empleo.

Las demás reclamaciones o peticiones colectivas, así como las reuniones clandestinas para ocuparse de asuntos del servicio, si pusieran en grave riesgo el mantenimiento de la disciplina, serán castigadas con la pena de tres meses y un día a seis meses de prisión; pudiendo, en otro caso, sancionarse en vía disciplinaria militar.

Artículo 40.

1. Si los sediciosos depusieren su actitud a la primera intimación o antes de ella serán castigados con la pena inferior en grado a la correspondiente al delito cometido.

2. La provocación, la conspiración y la proposición para la ejecución de los delitos previstos en este Capítulo se castigarán con la pena inferior en uno o dos grados a la que correspondería a los mismos.

Artículo 41.

El militar que no adoptase las medidas necesarias o no empleare los medios racionales a su alcance para contener la sedición en las fuerzas a su mando será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años, pudiendo imponerse, además, la pena de pérdida de empleo. Si, teniendo conocimiento de que se trata de cometer este delito, no lo denunciare a sus superiores, se impondrá la pena de prisión en su mitad inferior.

CAPÍTULO II

Insubordinación

Sección 1.ª Insulto a superior

Artículo 42.

1. El militar que maltratare de obra a un superior o atentare contra su libertad o indemnidad sexuales, será castigado con la pena de seis meses a cinco años de prisión, pudiendo imponerse, además, la pena de pérdida de empleo y sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados lesivos producidos o las agresiones y otros atentados contra la libertad o indemnidad sexuales efectivamente cometidos, conforme al Código Penal.

2. Se impondrá la pena de diez a veinte años de prisión, siempre que el hecho se produzca:

1.º En situación de conflicto armado o estado de sitio, y se ejecutare en acto de servicio o con ocasión de este.

2.º Frente al enemigo, rebeldes o sediciosos, o en circunstancias críticas.

3. Las penas señaladas se impondrán en su mitad inferior al militar que pusiere mano a un arma o ejecutare actos o demostraciones con tendencia a maltratar de obra a un superior.

Artículo 43.

El militar que, sin incurrir en los delitos previstos en el artículo anterior, coaccionare, amenazare, calumniare o injuriare gravemente a un superior, en su presencia o ante una concurrencia de personas, por escrito o con publicidad, será castigado con la pena de seis meses a tres años de prisión. Cuando no concurrieren estas circunstancias se impondrá la pena en su mitad inferior.

Sección 2.ª Desobediencia

Artículo 44.

1. El militar que se negare a obedecer o no cumpliera las órdenes legítimas de sus superiores relativas al servicio será castigado con la pena de tres meses y un día a dos

años de prisión. Si se tratare de órdenes relativas al servicio de armas, se impondrá la pena de seis meses a seis años de prisión.

2. Cuando la desobediencia tenga lugar en situación de conflicto armado, estado de sitio, frente al enemigo, rebeldes o sediciosos, o en circunstancias críticas, se impondrá la pena de cinco a quince años de prisión.

3. No obstante, en ningún caso incurrirán en responsabilidad criminal los militares por desobedecer una orden que entrañe la ejecución de actos que manifiestamente constituyan delito, en particular contra la Constitución, o una infracción manifiesta, clara y terminante de una norma con rango de ley o del Derecho Internacional de los conflictos armados.

4. A los efectos del presente artículo se entenderá por superior a quien lo sea en la estructura orgánica u operativa, o a quien ejerza autoridad, mando o jurisdicción en virtud del cargo o función que desempeñe como titular o por sucesión reglamentaria.

CAPÍTULO III

Abuso de autoridad

Artículo 45.

El superior que, abusando de sus facultades de mando o de su posición en el servicio, irrogare un perjuicio grave a un subordinado, le obligare a prestaciones ajenas al interés del servicio o le impidiere arbitrariamente el ejercicio de algún derecho será castigado con la pena de tres meses y un día a tres años de prisión.

Artículo 46.

El superior que maltratare de obra a un subordinado será castigado con la pena de seis meses a cinco años de prisión, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados lesivos producidos conforme al Código Penal.

Artículo 47.

El superior que tratare a un subordinado de manera degradante, inhumana o humillante, o realizare actos de agresión o abuso sexuales, será castigado con la pena de seis meses a cinco años de prisión, pudiendo imponerse, además, la pena de pérdida de empleo, sin perjuicio de las que correspondan por los resultados lesivos producidos o las agresiones y otros atentados contra la libertad o indemnidad sexuales efectivamente cometidos, conforme al Código Penal.

Artículo 48.

El superior que, respecto de un subordinado, realizare actos de acoso tanto sexual y por razón de sexo como profesional, le amenazare, coaccionare, injuriare o calumniare, atentare de modo grave contra su intimidad, dignidad personal o en el trabajo, o realizare actos que supongan discriminación grave por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, orientación sexual, religión, convicciones, opinión, discapacidad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, será castigado

con la pena de seis meses a cuatro años de prisión, pudiendo imponerse, además, la pena de pérdida de empleo.

TÍTULO III

Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas por los militares

Artículo 49.

El militar que, sin incurrir en los delitos de insulto a superior o abuso de autoridad, públicamente, en lugares afectos a las Fuerzas Armadas o a la Guardia Civil o en acto de servicio, maltratare de obra a otro militar, le tratase de manera degradante, inhumana o humillante, o realizare actos de agresión o de abuso sexuales, será castigado con la pena de seis meses a tres años de prisión, sin perjuicio de las penas que le puedan corresponder por los resultados lesivos producidos o las agresiones y otros atentados contra la libertad o indemnidad sexuales efectivamente cometidos, conforme al Código Penal.

Artículo 50.

El militar que, sin incurrir en los delitos de insulto a superior o abuso de autoridad, públicamente, en lugares afectos a las Fuerzas Armadas o a la Guardia Civil o en acto de servicio, impidiere o limitare arbitrariamente a otro militar el ejercicio de los derechos fundamentales o libertades públicas, realizare actos de acoso tanto sexual y por razón de sexo como profesional, le amenazare o coaccionare, le injuriare gravemente o le calumniare, atentare de modo grave contra su intimidad, dignidad personal o en el trabajo, realizara actos que supongan grave discriminación por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, orientación sexual, religión, convicciones, opinión, discapacidad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, será castigado con la pena de seis meses a dos años de prisión.

TÍTULO IV

Delitos contra los deberes del servicio

CAPÍTULO I

Cobardía

Artículo 51.

1. El militar que por temor a un riesgo personal rehusare permanecer o situarse en su puesto, lo abandonare, incumpliere la misión encomendada o realizare actos susceptibles de infundir pánico o producir grave desorden entre la propia fuerza, será castigado:

1.º Con la pena de diez a veinticinco años de prisión, cuando tuviere lugar frente al enemigo, rebeldes o sediciosos.

2.º Con la pena de cinco a quince años de prisión, cuando tuviere lugar en situación de conflicto armado o estado de sitio, fuera de las situaciones expresadas en el apartado anterior, o en circunstancias críticas.

2. Si el autor del delito ejerciere mando, se impondrán las penas señaladas en su mitad superior.

Artículo 52.

El militar que, en situación de conflicto armado, estado de sitio o circunstancias críticas y por temor a un riesgo personal, para excusarse de su puesto o misión, simulare enfermedad o lesión, se la produjere o emplease cualquier engaño con el mismo fin, será castigado con la pena de tres años y un día a diez años de prisión.

Artículo 53.

1. El militar que, por temor a un riesgo personal, entregare, rindiere o abandonare al enemigo, rebeldes o sediciosos, establecimiento o instalación militar, puesto, buque, aeronave, fuerza u otros recursos humanos o materiales que estuviesen bajo su mando, sin haber agotado todos los medios de defensa que exijan sus deberes y obligaciones militares o las órdenes recibidas, será castigado con la pena de diez a veinte años de prisión.

2. El militar que en la capitulación estableciere para sí condiciones más ventajosas será castigado con la pena de tres a diez años de prisión, y con la pena de prisión de seis meses a seis años si tales condiciones se estipularen en favor de otro u otros sin razón suficiente, pudiendo imponerse, además, la pena de pérdida de empleo.

Artículo 54.

Fuera de los casos anteriores, el militar que, por temor a un riesgo personal, violare un deber militar establecido en la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, o en la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, cuya naturaleza exija afrontar el peligro y superar el miedo, será castigado con la pena de cuatro meses a cuatro años de prisión. En situación de conflicto armado o estado de sitio se impondrá la pena de prisión de uno a seis años. En ambos casos se podrá imponer, además, la pena de pérdida de empleo.

CAPÍTULO II

Deslealtad

Artículo 55.

El militar que sobre asuntos del servicio diere a sabiendas información falsa o expidiere certificado en sentido distinto al que le constare será castigado con la pena de seis meses a cuatro años de prisión. En situación de conflicto armado o estado de sitio se impondrá la pena de prisión de tres a diez años. En todo caso se podrá imponer, además, la pena de pérdida de empleo.

En todos los supuestos previstos en éste artículo, se impondrá la pena inferior en grado cuando el culpable se retractare, manifestando la verdad a tiempo de que surta efectos.

CAPÍTULO III

Delitos contra los deberes de presencia y de prestación del servicio

Sección 1.ª Abandono de destino o residencia

Artículo 56.

1. El militar que, incumpliendo la normativa vigente, se ausentare de su Unidad, destino o lugar de residencia por más de tres días o no se presentare, pudiendo hacerlo, será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión.

2. En situación de conflicto armado o estado de sitio, la ausencia del militar o su falta de incorporación por tiempo superior a veinticuatro horas será castigada con la pena de prisión de tres a seis años.

3. Para el cómputo de los referidos plazos se empezará a contar desde el momento en que se produjere la ausencia o falta de incorporación, hasta aquel en que tuviere lugar la presentación.

Sección 2.ª Deserción

Artículo 57.

El militar que, con ánimo de sustraerse permanentemente al cumplimiento de sus obligaciones, se ausentare de su Unidad, destino o lugar de residencia, o no se presentare, pudiendo hacerlo, cuando tenga la obligación de efectuar su incorporación, será castigado, como desertor, con la pena de uno a cuatro años de prisión, pudiendo imponerse, además, la pena de pérdida de empleo. En situación de conflicto armado o estado de sitio será castigado con la pena de cinco a quince años de prisión.

Sección 3.ª Quebrantamientos especiales del deber de presencia

Artículo 58.

1. El militar que se ausentare o no se presentare debiendo hacerlo, incumpliendo la normativa vigente, frente al enemigo, rebeldes o sediciosos, cualquiera que fuera la duración de la ausencia, será castigado con la pena de cuatro a diez años de prisión. Si el hecho tuviere lugar en circunstancias críticas, se impondrá la pena de seis meses a tres años de prisión.

2. El militar que se quedare en tierra, incumpliendo la normativa vigente, a la salida del buque o aeronave de cuya dotación o tripulación forme parte será castigado con la pena de tres meses y un día a seis meses de prisión. Si el hecho tuviere lugar en situación de conflicto armado o estado de sitio, se impondrá la pena de prisión de seis meses a seis años de prisión.

Sección 4.ª Inutilización voluntaria y simulación para eximirse del servicio

Artículo 59.

El militar que, para eximirse del servicio o del cumplimiento de sus deberes u obtener el cese o un cambio en la relación de servicio, se inutilizare o consintiere que otra persona le inutilice por mutilación, enfermedad o cualquier otro medio, simulare

enfermedad o lesión, o empleare cualquier otro engaño, será castigado con la pena de cuatro meses a tres años de prisión. Se impondrá la pena de prisión de tres a diez años cuando el hecho tuviere lugar en situación de conflicto armado, estado de sitio o en circunstancias críticas.

En las mismas penas incurrirá el que, a sabiendas, inutilizare o facilitare la simulación a un militar, con el mismo fin a que se refiere el párrafo anterior, imponiéndose la pena en su mitad superior si el autor fuese personal sanitario, sin perjuicio de las penas que correspondan por los resultados lesivos producidos, conforme al Código Penal.

Sección 5.ª Disposición común

Artículo 60.

La provocación, la conspiración y la proposición para la ejecución de los delitos previstos en este Capítulo se castigarán con la pena inferior en uno o dos grados a la que correspondería a los mismos.

No obstante, en situación de conflicto armado o estado de sitio, la provocación, la conspiración y la proposición, así como la complicidad, se podrán castigar con las penas previstas para los autores de los respectivos delitos.

CAPÍTULO IV

Delitos contra los deberes del mando

Sección 1.ª Incumplimiento de deberes inherentes al mando

Artículo 61.

1. El militar con mando de fuerza o unidad, Comandante de buque de guerra o aeronave militar, que hiciere dejación del mando por abandono o entrega indebida, será castigado:

1.º Con la pena de diez a veinticinco años de prisión, cuando tuviere lugar frente al enemigo, rebeldes o sediciosos.

2.º Con la pena de diez a veinte años de prisión, cuando tuviere lugar en situación de conflicto armado o estado de sitio, fuera de las situaciones expresadas en el apartado anterior, o en circunstancias críticas.

3.º Con la pena de uno a seis años de prisión, en las demás circunstancias.

2. Se podrá imponer, además, la pena de pérdida de empleo o, en su caso, la de inhabilitación absoluta para mando de buque de guerra o aeronave militar.

Artículo 62.

Será castigado con la pena de tres años y un día a diez años de prisión el militar con mando de fuerza o unidad, Comandante de buque de guerra o aeronave militar que, en situación de conflicto armado:

1.º Dejare de cumplir una misión de combate, se abstuviere de combatir o perseguir al enemigo debiendo hacerlo o no empleare, en el curso de las operaciones bélicas, todos los medios que exija el cumplimiento de sus deberes y obligaciones o las órdenes recibidas.

2.º Perdiera la plaza, establecimiento, instalación militar, buque, aeronave, puesto o fuerza a sus órdenes, fuere sorprendido por el enemigo u ocasionare grave daño al servicio, por no haber tomado las medidas preventivas conforme a sus deberes y obligaciones militares o las órdenes recibidas, o no inutilizare material de guerra, documentación o recursos importantes para la defensa nacional cuando existiere peligro de que caigan en poder del enemigo.

Artículo 63.

1. El militar con mando de fuerza o unidad, Comandante de buque de guerra o aeronave militar que dejare de emprender la misión encomendada o no cumpliera sus deberes y obligaciones o las órdenes recibidas relativas a la misión, será castigado con la pena de dos a ocho años de prisión, cuando tuviere lugar en situación de conflicto armado o estado de sitio, y con la pena de prisión de uno a seis años en los demás casos. Se podrá imponer, además, la pena de inhabilitación absoluta para el mando de buque de guerra o aeronave militar.

2. Estos mismos hechos, cometidos por imprudencia grave, serán castigados con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión. En situación de conflicto armado o estado de sitio se impondrá la pena de prisión de seis meses a cuatro años.

Artículo 64.

El militar con mando de fuerza o unidad, Comandante de buque de guerra o aeronave militar que no mantuviere la debida disciplina en las fuerzas a su mando, tolerare a sus subordinados cualquier abuso de autoridad o extralimitaciones de sus facultades o no procediere con la diligencia necesaria para impedir un delito militar será castigado con la pena de tres meses y un día a cuatro años de prisión, pudiendo imponerse, además, la pena de pérdida de empleo o, en su caso, la de inhabilitación absoluta para el mando de buque de guerra o aeronave militar.

Sección 2.ª Extralimitaciones en el ejercicio del mando

Artículo 65.

1. El militar que en el ejercicio del mando se excediere arbitrariamente de sus facultades o, prevaliéndose de su empleo, cargo o destino, cometiere cualquier otro abuso grave será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión. Si empleare u ordenare ejercer contra cualquier persona violencias innecesarias u ordenare, permitiere o hiciere uso ilícito de las armas, será castigado con la pena de cuatro meses a cuatro años de prisión. Todo ello sin perjuicio, en su caso, de la pena que corresponda por los resultados lesivos producidos, conforme al Código Penal.

2. Se impondrá la pena de tres meses y un día a un año de prisión al militar que indebidamente y maliciosamente asumiere o retuviere un mando o destino.

Artículo 66.

El militar que expusiere a la unidad, buque o aeronave a su mando a riesgos innecesarios para el cumplimiento de su misión será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión o, en su caso, la pena de inhabilitación absoluta para el mando de buque de guerra o de aeronave militar. Si la trascendencia no fuera grave, se sancionará por vía disciplinaria militar.

CAPÍTULO V**Quebrantamiento de servicio*****Sección 1.ª Abandono de servicio*****Artículo 67.**

1. El militar que abandonare un servicio de armas será castigado:

1.º Con la pena de diez a veinte años de prisión, cuando tuviere lugar frente al enemigo, rebeldes o sediciosos.

2.º Con la pena de cinco a quince años de prisión, cuando tuviere lugar en situación de conflicto armado o estado de sitio, fuera de las situaciones expresadas en el apartado anterior, o en circunstancias críticas.

3.º En los demás casos, con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión.

2. El abandono de cualquier otro servicio, cuando tuviere lugar en situación de conflicto armado o estado de sitio, frente al enemigo, rebeldes o sediciosos o en circunstancias críticas, será castigado con la pena de seis meses a seis años de prisión.

3. El militar que no se presentare al cumplimiento de los servicios mencionados en los números anteriores, o incumpliere sus obligaciones ocasionando grave daño al servicio, será castigado con las penas allí previstas en su mitad inferior.

Sección 2.ª Delitos contra los deberes del centinela**Artículo 68.**

1. El centinela que abandonare su puesto será castigado:

1.º Con la pena de diez a veinticinco años de prisión, cuando tuviere lugar frente al enemigo, rebeldes o sediciosos.

2.º Con la pena de diez a veinte años de prisión, cuando tuviere lugar en situación de conflicto armado o estado de sitio, fuera de las situaciones expresadas en el apartado anterior, o en circunstancias críticas.

3.º En los demás casos, con la pena de seis meses a seis años de prisión.

2. El centinela que incumpliere sus obligaciones, ocasionando grave daño al servicio, será castigado con las penas señaladas en el apartado anterior en su mitad inferior.

Artículo 69.

El militar que incumpliere sus cometidos como encargado de un servicio de vigilancia de los espacios aéreos, control de tránsito, conducción de aeronave o ayudas a la navegación marítima o aérea, será castigado con la pena de uno a seis años de prisión. En situación de conflicto armado, estado de sitio o en circunstancias críticas se impondrá la pena de prisión de diez a veinte años de prisión.

Sección 3.ª Embriaguez e intoxicación por drogas tóxicas en acto de servicio**Artículo 70.**

El militar que, en acto de servicio de armas, voluntaria o imprudentemente se embriagare o consumiere drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, de modo que su capacidad para prestarlo desaparezca o disminuya, será castigado con la pena de tres meses y un día a un año de prisión.

Cuando se cometa el hecho por un militar que, en cualquier acto de servicio, ejerciera el mando, se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años.

CAPÍTULO VI**Delitos de omisión del deber de socorro****Artículo 71.**

1. El militar que no socorriere, pudiendo hacerlo, a fuerza, unidad, buque de guerra o de la Guardia Civil o aeronave militar, nacionales o aliados, que se hallaren en situación de peligro, será castigado:

1.º Con la pena de cinco a quince años de prisión, cuando tuviere lugar en situación de conflicto armado o estado de sitio.

2.º En los demás casos, con la pena de dos a ocho años de prisión.

2. Se impondrá la pena respectivamente señalada en el número anterior, en su mitad inferior, cuando se trate de cualquier otro buque o aeronave que se hallare en situación de peligro.

3. El militar que no socorriere, pudiendo hacerlo, a fuerza, unidad, buque o aeronave enemigos en peligro, cuando hubieren ofrecido su rendición, será castigado con la pena de cuatro meses a cuatro años de prisión.

4. Las mismas penas se impondrán al militar que, impedido de prestar socorro, pudiendo hacerlo no demandare con urgencia auxilio ajeno.

Artículo 72.

1. El militar que no socorriere, pudiendo hacerlo, al compañero que se hallare en situación de peligro grave, será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión. En situación de conflicto armado o estado de sitio se impondrá la pena de prisión de seis meses a seis años.

2. El militar que, durante el desempeño de una misión de colaboración con las administraciones públicas en los supuestos de grave riesgo, catástrofe, calamidad u otras necesidades públicas, cometiere el delito del artículo 195 del Código Penal, será castigado con las penas allí establecidas, incrementadas en un quinto de su límite máximo, sin perjuicio de la aplicación del artículo 21 del presente Código.

3. Se impondrán las mismas penas al militar que, impedido de prestar socorro, no demandare con urgencia auxilio ajeno pudiendo hacerlo.

CAPÍTULO VII

Delitos contra la eficacia del servicio

Artículo 73.

El militar que, en situación de conflicto armado o estado de sitio y por imprudencia grave, causare en bienes afectos a las Fuerzas Armadas o Guardia Civil los daños previstos en los artículos 264 a 266 del Código Penal, ocasionare que los medios o recursos de la Defensa o Seguridad nacionales caigan en poder del enemigo, o perjudicare gravemente una operación militar, será castigado con la pena de seis meses a cuatro años de prisión. Fuera de la situación de conflicto armado o estado de sitio se impondrá la pena de prisión de tres meses y un día a dos años o multa de dos a seis meses.

Cuando los daños causados se cometieren mediante naufragio, abordaje o varada, aterrizaje indebido o colisión con otra aeronave, o se ocasionare la pérdida de un buque de guerra o aeronave militar, se podrá imponer, además, la pena de inhabilitación absoluta para el mando de buque de guerra o aeronave militar.

Artículo 74.

El militar que no cumpliera una consigna general o por imprudencia dejare de observar una orden recibida será castigado, en situación de conflicto armado o estado de sitio, con la pena de prisión de cuatro meses a tres años. En los demás casos, si concurriere dolo o imprudencia grave y se causare grave riesgo o daño para el servicio, se impondrá la pena de tres meses y un día a seis meses de prisión o multa de dos a seis meses.

No obstante, en ningún caso incurrirán en responsabilidad criminal los militares por desobedecer una orden que entrañe la ejecución de actos que manifiestamente constituyan delito, en particular contra la Constitución, o una infracción manifiesta, clara y terminante de una norma con rango de ley o del Derecho Internacional de los conflictos armados.

Artículo 75.

Será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión el militar que:

1.º Ejecutare o no impidiere en lugar o establecimiento afecto a las Fuerzas Armadas o a la Guardia Civil actos que puedan producir incendio o estragos, u originare

un grave riesgo para la seguridad de la fuerza, unidad, establecimiento, buque de guerra, buque de la Guardia Civil o aeronave militar.

2.º Embarcare en buque de guerra o aeronave militar drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

3.º Incumpliere, con infracción de lo establecido en la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas o en la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil, sus deberes militares fundamentales, o los deberes técnicos esenciales de su función específica, ocasionando grave daño para el servicio, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados lesivos producidos conforme al Código Penal. Cuando los hechos descritos en este apartado se cometieren por imprudencia grave, se impondrá la pena de tres meses y un día a seis meses de prisión o multa de dos a seis meses.

Artículo 76.

El militar que cometiere alguno de los delitos previstos en los artículos 368 a 371 del Código Penal en instalaciones afectas a las Fuerzas Armadas o a la Guardia Civil, buques de guerra, buques de la Guardia Civil, aeronaves militares, campamentos o durante ejercicios u operaciones, será castigado con las penas allí establecidas incrementadas en un quinto de su límite máximo, salvo que el lugar de comisión o la condición de autoridad o funcional del sujeto activo del delito hayan sido tenidas en cuenta por el referido Código al describir o sancionar el delito. Todo ello sin perjuicio de la aplicación del artículo 21 del presente Código.

Serán asimismo aplicables por los Tribunales Militares los artículos 372 a 378 del Código Penal.

Artículo 77.

1. El militar que, por imprudencia grave y durante la ejecución de un acto de servicio de armas, causare la muerte o lesiones constitutivas de delito, será castigado con las penas privativas de libertad respectivamente señaladas en el Código Penal para el homicidio o lesiones imprudentes, incrementadas en un quinto, en sus límites mínimo y máximo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 21 de este Código.

Fuera del acto de servicio de armas, la imprudencia profesional con los resultados antes previstos, se castigará con las mismas penas.

2. Si la imprudencia no fuera grave se impondrá la pena de tres meses y un día a seis meses de prisión o multa de dos a seis meses.

Artículo 78.

Será castigado con la pena de tres meses y un día a seis meses de prisión o multa de dos a seis meses el militar que por imprudencia grave:

1.º Extraviare armas o material de guerra, procedimientos o documentación oficial, que tuviera bajo su custodia por razón de su cargo o destino.

2.º Diere lugar a la evasión de prisioneros de guerra, presos o detenidos, cuya conducción o custodia le estuviere encomendada.

CAPÍTULO VIII

Delitos contra otros deberes del servicio

Artículo 79.

El militar que usare pública e intencionadamente uniforme, divisas, distintivos o insignias militares, medallas o condecoraciones que no tenga derecho a usar, será castigado con la pena de tres meses y un día a un año de prisión.

Artículo 80.

El militar que, obligado a ello, dejase de promover la persecución de delitos de la competencia de la Jurisdicción Militar o que teniendo conocimiento de su comisión no lo pusiere en inmediato conocimiento de sus superiores, o no lo denunciase a autoridad competente, será castigado con la pena de tres meses y un día a un año de prisión.

TÍTULO V

Delitos contra el patrimonio en el ámbito militar

Artículo 81.

1. El militar que, simulando necesidades para el servicio o derechos económicos a favor del personal, solicitare la asignación de crédito presupuestario para atención supuesta, será castigado con la pena de prisión de tres meses y un día a dos años.

2. Si las cantidades así obtenidas se aplicaren en beneficio propio, se impondrá la pena de dos a diez años de prisión, que graduará el Tribunal atendiendo en especial al lucro obtenido.

Artículo 82.

1. El militar que cometiere los delitos de hurto, robo, apropiación indebida o daños previstos en el Código Penal en relación con el equipo reglamentario, materiales o efectos que tenga bajo su custodia o responsabilidad por razón de su cargo o destino, será castigado con las penas establecidas en el Código Penal para tales delitos impuestas en su mitad superior.

2. Si el militar no tuviere el equipo, material o efectos, afectados al servicio de las Fuerzas Armadas o de la Guardia Civil, bajo su custodia o responsabilidad, el límite mínimo de las penas previstas en el Código Penal se incrementarán en un quinto.

3. Si se tratare de material de guerra o armamento, cualquiera que fueran su valor y el autor, incluso cuando éste no tenga la condición de militar, se impondrá la pena incrementada en un quinto de su límite máximo.

4. Será de aplicación, en su caso, el artículo 21 del presente Código.

Artículo 83.

El militar que, prevaliéndose de su condición, se procurase intereses en cualquier clase de contrato u operación que afecte a la Administración militar o cometiese el delito previsto en el artículo 441 del Código Penal, será castigado con la pena de tres meses y un día a tres años de prisión, pudiendo imponerse, además la pena de pérdida de empleo.

Artículo 84.

El particular o empresario que, en situación de conflicto armado o estado de sitio, habiendo contratado con la Administración Militar, incumpliera en su integridad las obligaciones contraídas o las cumpliera en condiciones defectuosas que desvirtúen o impidan la finalidad del contrato, cuando resulten afectados los intereses de la Defensa nacional, será castigado con la pena de uno a ocho años de prisión. Asimismo podrán imponerse las consecuencias accesorias previstas en el artículo 129 del Código Penal.

Artículo 85.

El que, con ánimo de lucro y con conocimiento de la comisión de un delito contra el patrimonio en el ámbito militar en el que no haya intervenido ni como autor ni como cómplice, ayude a los responsables a aprovecharse de los efectos del mismo o reciba, adquiera u oculte tales efectos, será castigado con las penas y medidas previstas en cada caso por los artículos 298, 303 y 304 del Código Penal.

Disposición adicional primera.

El Gobierno, en el plazo de dos años a partir de la entrada en vigor de la presente ley, remitirá al Congreso de los Diputados un proyecto de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar.

Disposición adicional segunda.

Los autos y sentencias dictados por los órganos judiciales militares, unipersonales y colegiados, serán públicos, siguiendo el mismo sistema de publicación que el resto de resoluciones judiciales.

A tal efecto, el Gobierno dictará las disposiciones oportunas para garantizar tal publicidad.

Disposición transitoria primera. Aplicación de la ley penal más favorable.

Los hechos punibles cometidos hasta la entrada en vigor de este Código serán castigados conforme al Código Penal Militar que se deroga, a menos que las disposiciones de la nueva Ley Penal Militar sean más favorables para el reo, en cuyo caso se aplicarán estas, previa audiencia del mismo.

Para la determinación de cuál sea la ley más favorable se tendrá en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas de uno u otro código, así como la posibilidad de imponer medidas de seguridad.

Disposición transitoria segunda. Revisión de oficio de sentencias firmes.

Serán revisadas de oficio las sentencias firmes no ejecutadas total o parcialmente que se hayan dictado antes de la vigencia de este Código, en las que conforme a él, hubiere correspondido la absolución o una condena más beneficiosas para el reo por aplicación taxativa de sus preceptos y no por el ejercicio del arbitrio judicial.

Todo ello sin perjuicio de que el Juez o Tribunal que en el futuro pudiera tenerlas en cuenta a efectos de reincidencia deba examinar previamente si el hecho en ellas penado ha dejado de ser delito o pudiera corresponderle una pena menor de la impuesta conforme a este Código.

Disposición transitoria tercera. Aplicación de normas más favorables en sentencias que no hayan ganado firmeza.

En las sentencias dictadas conforme a la legislación que se deroga y que no sean firmes por hallarse pendientes de recurso, se aplicarán de oficio o a instancia de parte los preceptos de este Código, cuando resulten más favorables al reo, previa audiencia del mismo.

Disposición transitoria cuarta. Apreciación de la agravante de reincidencia.

A efectos de la apreciación de la agravante de reincidencia, se entenderán comprendidos en el mismo título del nuevo Código aquellos delitos previstos en el cuerpo legal que se deroga y que tengan análoga denominación y ataquen del mismo modo a idéntico bien jurídico.

Disposición derogatoria única.

Queda derogada la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, de Código Penal Militar, así como cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en la presente Ley Orgánica.

Queda derogado el párrafo final del artículo 13 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar.

Disposición final primera. Modificación de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar.

Se modifica la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar en el siguiente sentido:

Uno. Las referencias que esta ley orgánica realice a la locución «tiempo de guerra» se entenderán hechas a la expresión «en situación de conflicto armado».

Dos. Se añade un nuevo apartado 1 bis al artículo 12, con el siguiente texto:

«1.bis. Los previstos en los Capítulos I al VIII del Título XX del Libro Segundo del Código Penal, cometidos en relación con los delitos y procedimientos militares o respecto a los órganos judiciales militares y establecimientos penitenciarios militares.»

Tres. Queda sin contenido el párrafo final del artículo 13.

Cuatro. El apartado 2 del artículo 23 queda redactado del siguiente modo:

«2. De la instrucción y enjuiciamiento en única instancia de los procedimientos por delitos y faltas no disciplinarias, que sean de la competencia de la Jurisdicción Militar, contra los Capitanes Generales, Generales de Ejército, Almirantes Generales y Generales del Aire, Tenientes Generales y Almirantes cualquiera que sea su situación militar, miembros del Tribunal Militar Central, Fiscal Togado, Fiscales de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo y Fiscal del Tribunal Militar Central.»

Cinco. El apartado 5 del artículo 23 queda redactado de la forma siguiente:

«5. De los recursos jurisdiccionales en materia disciplinaria militar que procedan contra las sanciones impuestas o reformadas por el Ministro de Defensa, o impuestas, confirmadas o reformadas por la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central.»

Seis. Los párrafos primero y segundo del artículo 27 quedan redactados del siguiente modo:

«Los Magistrados procedentes del Cuerpo Jurídico Militar serán nombrados por Real Decreto, refrendado por el Ministro de Justicia y a propuesta del Consejo General del Poder Judicial, entre Generales Consejeros Togados y Generales Auditores con aptitud para el ascenso, en situación de servicio activo.

A efectos de la motivación de la propuesta de nombramiento, el Consejo General del Poder Judicial solicitará con carácter previo a los aspirantes una exposición de sus méritos, así como al Ministerio de Defensa la documentación que en su caso considere necesaria.»

Siete. Los párrafos primero, segundo y tercero del artículo 37 quedan redactados del siguiente modo:

«El Auditor Presidente del Tribunal Militar Central será nombrado por Real Decreto, a propuesta del Consejo General del Poder Judicial, entre Generales Consejeros Togados y Generales Auditores en situación de servicio activo. La presentación a Real Decreto se hará por los Ministros de Justicia y Defensa, que refrendarán el nombramiento.

Los Vocales Togados del Tribunal Militar Central serán nombrados por Real Decreto, a propuesta del Consejo General del Poder Judicial, oída la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central, entre Generales Auditores o, en su defecto, Oficiales Generales del Cuerpo Jurídico Militar en reserva, cuyo nombramiento no determinará cambio en su situación administrativa. En ningún caso habrá menos de dos Vocales Togados en situación de actividad. La presentación a Real Decreto se hará por los Ministros de Justicia y Defensa, que refrendarán el nombramiento.

A efectos de la motivación de la propuesta de nombramiento, el Consejo General del Poder Judicial solicitará con carácter previo a los aspirantes una exposición de sus méritos, así como al Ministerio de Defensa la documentación que en su caso considere necesaria.»

Ocho. El párrafo primero del artículo 38 queda redactado del siguiente modo:

«En los casos en que no pueda actuar el Auditor Presidente por causa legal, le sustituirá el Vocal Togado de mayor antigüedad de entre los que se encuentren en servicio activo.»

Nueve. El artículo 42 queda redactado del siguiente modo:

«La Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central estará integrada por el Auditor Presidente y la totalidad de sus Vocales Togados en servicio activo, sin que quepa la sustitución de estos últimos.»

Diez. El artículo 47 queda redactado del siguiente modo:

«El Auditor Presidente y los Vocales Togados serán nombrados por Real Decreto, a propuesta del Consejo General del Poder Judicial, previo informe motivado de la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central acerca de los méritos profesionales, académicos y científico-jurídicos de los aspirantes que acrediten su formación y capacidad en las materias propias de la jurisdicción militar, así como sobre cuantas incidencias hayan podido afectarles durante su vida profesional y que pudieran tener importancia para valorar su aptitud en el desempeño de la función judicial.

Una vez remitido dicho informe motivado al Consejo General del Poder Judicial, se seguirán posteriormente ante este último, para decidir las propuestas de nombramiento, conforme a su libre y discrecional ponderación, las normas reglamentarias de procedimiento que al efecto se establezcan por el mismo, observándose en su defecto, en lo que sean de aplicación, las que regulan la provisión de plazas de nombramiento discrecional en los órganos judiciales.

La presentación a Real Decreto se hará por los Ministros de Justicia y Defensa, que refrendarán el nombramiento.»

Once. El párrafo segundo del artículo 54 queda redactado del siguiente modo:

«Su nombramiento se efectuará mediante orden por el Consejo General del Poder Judicial, previo informe motivado de la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central, en los términos y por el procedimiento expresados en el artículo 47.»

Doce. Se suprime el segundo párrafo del artículo 63.

Trece. El artículo 65 queda redactado del siguiente modo:

«Los miembros del Cuerpo Jurídico Militar, para ser nombrados Magistrados de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, Auditores Presidentes o Vocales Togados de los Tribunales Militares y Jueces Togados Militares, deberán encontrarse en situación militar de servicio activo, con las excepciones previstas en esta ley.»

Catorce. El numeral 3 del artículo 66 queda redactado del siguiente modo:

«3. Por llegar a la edad señalada para cesar en la situación de servicio activo o cesar en la misma al pasar a otra situación por disposición legal o solicitud voluntaria y concedida. Los Vocales Togados del Tribunal Militar Central nombrados en situación de reserva cesarán cuando cumplan la edad de retiro.»

Quince. El artículo 71 queda redactado del siguiente modo:

«A salvo de lo dispuesto en el artículo 63, la instrucción y el conocimiento de los delitos competencia de la jurisdicción militar cometidos en el extranjero corresponderán a los Juzgados Togados Centrales Militares y al Tribunal Militar Central, así como a los Juzgados Togados Militares Territoriales y Tribunal Militar Territorial, con sede en Madrid, según sus respectivas atribuciones.»

Dieciséis. El artículo 115 queda redactado del siguiente modo:

«Los Jefes de Unidad independiente, Fuerzas destacadas, aisladas o con atribuciones militares sobre un territorio, tan pronto como tengan conocimiento de la comisión de un delito de la competencia de la jurisdicción militar, perpetrado por quien les esté subordinado o cometido en el lugar o demarcación de sus atribuciones, deberán comunicarlo por el medio más rápido posible al Juez Togado Militar competente y nombrar a un Oficial a sus órdenes, asistido de Secretario, para que incoe el correspondiente atestado. Ello sin perjuicio de las facultades disciplinarias que puedan ejercer.»

Diecisiete. El párrafo segundo del artículo 119 queda redactado del siguiente modo:

«No podrán ser nombrados instructores ni secretarios de expedientes disciplinarios, salvo lo dispuesto en los artículos 122 y 140 de esta Ley, ni de expedientes administrativos, salvo si se trata de expedientes en materia de personal militar seguidos en relación con quienes ejerzan un cargo judicial, fiscal o secretario relator, ni desempeñarán funciones distintas de las atribuidas expresamente por ley en garantía de algún derecho.»

Dieciocho. El párrafo cuarto del artículo 120 queda redactado del siguiente modo:

«La Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central será competente para resolver los casos que se presenten, dando cuenta al Consejo General del Poder Judicial para que se proceda al cese en el destino.»

Diecinueve. El artículo 123 queda redactado del siguiente modo:

«La imposición de las sanciones disciplinarias por falta muy grave reguladas en la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, a los militares que ejerzan funciones judiciales corresponde en exclusiva a la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central. Esta misma Sala deberá ser oída cuando se trate de militares que ejerzan Secretarías Relatorías. Cuando ejerzan funciones fiscales, deberá oírse en el expediente al Fiscal Togado.»

Veinte. Queda sin contenido el artículo 127.

Disposición final segunda. Modificación de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar.

Se modifica la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar en el siguiente sentido:

Uno. Las referencias que esta ley orgánica realice a la locución «tiempo de guerra» se entenderán hechas a la expresión «en situación de conflicto armado».

Dos. El apartado 1.º del artículo 398 queda redactado del siguiente modo:

«1.º Los procesados por flagrante delito militar incluidos los comprendidos en el artículo 9, apartado 2, párrafos a) y b) del Código Penal Militar, castigados con la pena de prisión cuyo límite mínimo sea igual o superior a diez años, teniendo en cuenta la pena que pudiera corresponder por el resultado lesivo conforme al Código Penal.»

Disposición final tercera. Modificación de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar.

El párrafo a) del apartado 1 del artículo 112 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar, queda redactado del siguiente modo:

«a) Condena, en sentencia firme, a la pena de prisión del Código Penal Militar o del Código Penal, mientras se encuentre privado de libertad y sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, o a las penas, principal o accesoria, de suspensión militar de empleo o suspensión de empleo o cargo público.»

Disposición final cuarta. Modificación de la Ley 29/2014, de 28 de noviembre, de Régimen de Personal del Cuerpo de la Guardia Civil.

El párrafo a) del apartado 1 del artículo 91 de la Ley 29/2014, de 28 de noviembre, de Régimen de Personal del Cuerpo de la Guardia Civil, queda redactado del siguiente modo:

«a) Condena, en sentencia firme, a la pena de prisión del Código Penal Militar o del Código Penal, mientras se encuentre privado de libertad y sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, o a las penas, principal o accesoria, de suspensión militar de empleo o suspensión de empleo o cargo público.»

Disposición final quinta. Modificación de la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

Se adiciona al artículo 7 de la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, el siguiente apartado:

«32.bis. Constituir un grupo u organización que persiga fines manifiestamente ilegales que vulneren las reglas esenciales que definen el comportamiento del militar. Afiliarse, pertenecer o colaborar con tal grupo u organización o promover sus actividades, publicitarlas, así como inducir o invitar a otros militares a que lo hagan.»

Disposición final sexta. Título competencial.

Esta ley se dicta al amparo de la competencia que el artículo 149.1.6.^a de la Constitución atribuye al Estado en materia de legislación penal. Las disposiciones finales primera y segunda se dictan al amparo de la competencia en materia de legislación procesal, atribuida al Estado por el artículo 149.1.6.^a de la Constitución. Las disposiciones finales tercera, cuarta y quinta se dictan, respectivamente, al amparo de la competencia que el artículo 149.1.4.^a y 149.1.29.^a de la Constitución, atribuye al Estado en materia de defensa y Fuerzas Armadas y en materia de seguridad pública.

Disposición final séptima. Carácter de ley ordinaria.

La disposición final tercera y la disposición final cuarta no tienen carácter de ley orgánica.

Disposición final octava. Entrada en vigor.

La presente Ley Orgánica entrará en vigor a los tres meses de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» y se aplicará a todos los hechos punibles que se cometan a partir de su vigencia.

Por tanto,

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta ley orgánica.

Madrid, 14 de octubre de 2015.

2. Colombia¹

Ley 1760, de 6 de julio de 2015, por medio de la cual se modifica parcialmente la ley 906 de 2004 en relación con las medidas de aseguramiento privativas de la libertad

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

Decreta:

Artículo 1º. Adiciónanse dos párrafos al artículo 307 de la Ley 906 de 1 2004, del siguiente tenor:

Parágrafo 1º. Salvo lo previsto en los párrafos 2º y 3º del artículo 317 del 1 Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), el término de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad no podrá exceder de un (1) año. Cuando el proceso se surta ante la justicia penal especializada, o sean tres (3) o más los acusados contra quienes estuviere vigente la detención preventiva, o se trate de investigación o juicio de actos de corrupción de los que trata la Ley 1474 de 2011, dicho término podrá prorrogarse, a solicitud del fiscal o del apoderado de la víctima, hasta por el mismo término inicial. Vencido el término, el Juez de Control de Garantías, a petición de la Fiscalía o del apoderado de la víctima, podrá sustituir la medida de aseguramiento privativa de la libertad de que se trate, por otra u otras medidas de aseguramiento de que trata el presente artículo.

Parágrafo 2º. Las medidas de aseguramiento privativas de la libertad solo podrán imponerse cuando quien las solicita pruebe, ante el Juez de Control de Garantías, que las no privativas de la libertad resultan insuficientes para garantizar el cumplimiento de los fines de la medida de aseguramiento.

Artículo 2º. Adiciónase un párrafo al artículo 308 de la Ley 906 de 2004, del siguiente tenor:

Parágrafo. La calificación jurídica provisional contra el procesado no será, en sí misma, determinante para inferir el riesgo de obstrucción de la justicia, el peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima y la probabilidad de que el imputado no comparezca al proceso o de que no cumplirá la sentencia. El Juez de Control de Garantías deberá valorar de manera suficiente si en el futuro se configurarían los requisitos para decretar la medida de aseguramiento, sin tener en consideración exclusivamente la conducta punible que se investiga.

Artículo 3º. Modifícase el artículo 310 de la Ley 906 de 2004, el cual quedará así:

Artículo 310. *Peligro para la comunidad.* Para estimar si la libertad del imputado representa un peligro futuro para la seguridad de la comunidad, además de la gravedad y

¹ Esta sección ha sido posible gracias al Prof. Botero Bernal, a quien agradecemos su amable colaboración.

modalidad de la conducta punible y la pena imponible, el juez deberá valorar las siguientes circunstancias:

1. La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales.
2. El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos.
3. El hecho de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional.
4. La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional.
5. Cuando se utilicen armas de fuego o armas blancas.
6. Cuando el punible sea por abuso sexual con menor de 14 años.
7. Cuando hagan parte o pertenezcan a un grupo de delincuencia organizada.

Artículo 4º. Modifícase el artículo 317 de la Ley 906 de 2004, el cual quedará así:

Artículo 317. *Causales de libertad.* Las medidas de aseguramiento indicadas en los anteriores artículos tendrán vigencia durante toda la actuación, sin perjuicio de lo establecido en el parágrafo 10 del artículo 307 del presente código sobre las medidas de aseguramiento privativas de la libertad. La libertad del imputado o acusado se cumplirá de inmediato y solo procederá en los siguientes eventos:

1. Cuando se haya cumplido la pena según la determinación anticipada que para este efecto se haga, o se haya decretado la preclusión, o se haya absuelto al acusado.
2. Como consecuencia de la aplicación del Principio de Oportunidad.
3. Como consecuencia de las cláusulas del acuerdo cuando haya sido aceptado por el Juez de Conocimiento.
4. Cuando transcurridos sesenta (60) días contados a partir de la fecha de imputación no se hubiere presentado el escrito de acusación o solicitado la preclusión, conforme a lo dispuesto en el artículo 294.
5. Cuando transcurridos ciento veinte (120) días contados a partir de la fecha de presentación del escrito de acusación, no se haya dado inicio a la audiencia de juicio.
6. Cuando transcurridos ciento cincuenta (150) días contados a partir de la fecha de inicio de la audiencia de juicio, no se haya celebrado la audiencia de lectura de fallo o su equivalente.

Parágrafo 1º. Los términos dispuestos en los numerales 4, 5 Y 6 del presente artículo se incrementarán por el mismo término inicial, cuando el proceso se surta ante la justicia penal especializada, o sean tres (3) o más los imputados o acusados, o se trate de investigación o juicio de actos de corrupción de que trata la Ley 1474 de 2011.

Parágrafo 2º. En los numerales 4 y 5 se restablecerán los términos cuando hubiere improbación de la aceptación de cargos, de los preacuerdos o de la aplicación del principio de oportunidad.

Parágrafo 3º. Cuando la audiencia de juicio oral no se haya podido iniciar o terminar por maniobras dilatorias del acusado o su defensor, no se contabilizarán dentro de los

términos contenidos en los numerales 5 y 6 de este artículo, los días empleados en ellas. Cuando la audiencia no se hubiere podido iniciar o terminar por causa razonable fundada en hechos externos y objetivos de fuerza mayor, ajenos al juez o a la administración de justicia, la audiencia se iniciará o reanudará cuando haya desaparecido dicha causa y a más tardar en un plazo no superior a la mitad del término establecido por el legislador en los numerales 5 y 6 del artículo 317.

Artículo 5º. La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación, salvo el artículo 10 y el numeral 6 del artículo 4º, los cuales entrarán a regir en un (1) año contado a partir de la fecha de su promulgación, y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

Ley 1761, de 6 de julio de 2015, por la cual se crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo y se dictan otras disposiciones
(Rosa Elvira Cely)

EL CONGRESO DE COLOMBIA

Decreta:

Artículo 1º. *Objeto de la ley.* La presente ley tiene por objeto tipificar el feminicidio como un delito autónomo, para garantizar la investigación y sanción de las violencias contra las mujeres por motivos de género y discriminación, así como prevenir y erradicar dichas violencias y adoptar estrategias de sensibilización de la sociedad colombiana, en orden a garantizar el acceso de las mujeres a una vida libre de violencias que favorezca su desarrollo integral y su bienestar, de acuerdo con los principios de igualdad y no discriminación.

Artículo 2º. La Ley 599 de 2000 tendrá un artículo 104A del siguiente tenor:

Artículo 104A. *Feminicidio.* Quien causare la muerte a una mujer, por su condición de ser mujer o por motivos de su identidad de género o en donde haya concurrido o antecedido cualquiera de las siguientes circunstancias, incurrirá en prisión de doscientos cincuenta (250) meses a quinientos (500) meses.

- a) Tener o haber tenido una relación familiar, íntima o de convivencia con la víctima, de amistad, de compañerismo o de trabajo y ser perpetrador de un ciclo de violencia física, sexual, psicológica o patrimonial que antecedió el crimen contra ella.
- b) Ejercer sobre el cuerpo y la vida de la mujer actos de instrumentalización de género o sexual o acciones de opresión y dominio sobre sus decisiones vitales y su sexualidad.
- c) Cometer el delito en aprovechamiento de las relaciones de poder ejercidas sobre la mujer, expresado en la jerarquización personal, económica, sexual, militar, política o sociocultural.
- d) Cometer el delito para generar terror o humillación a quien se considere enemigo.
- e) Que existan antecedentes o indicios de cualquier tipo de violencia o amenaza en el ámbito doméstico, familiar, laboral o escolar por parte del sujeto activo en contra de la víctima o de violencia de género cometida por el autor contra la víctima, independientemente de que el hecho haya sido denunciado o no.
- f) Que la víctima haya sido incomunicada o privada de su libertad de locomoción, cualquiera que sea el tiempo previo a la muerte de aquella.

Artículo 3º. La Ley 599 de 2000 tendrá un artículo 1046 del siguiente tenor:

Artículo 1046. *Circunstancias de agravación punitiva del feminicidio.* La pena será de quinientos (500) meses a seiscientos (600) meses de prisión, si el feminicidio se cometiere:

- a) Cuando el autor tenga la calidad de servidor público y desarrolle la conducta punible aprovechándose de esta calidad.
- b) Cuando la conducta punible se cometiere en mujer menor de dieciocho (18) años o mayor de sesenta (60) o mujer en estado de embarazo.
- c) Cuando la conducta se cometiere con el concurso de otra u otras personas.
- d) Cuando se cometiere en una mujer en situación de discapacidad física, psíquica o sensorial o desplazamiento forzado, condición socioeconómica o por prejuicios relacionados con la condición étnica o la orientación sexual.
- e) Cuando la conducta punible fuere cometida en presencia de cualquier persona que integre la unidad doméstica de la víctima.
- f) Cuando se cometa el delito con posterioridad a una agresión sexual, a la realización de rituales, actos de mutilación genital o cualquier otro tipo de agresión o sufrimiento físico o psicológico.
- g) Por medio de las circunstancias de agravación punitiva descritas en los numerales 1, 3, 5, 6, 7 y 8 del artículo 104 de este Código.

Artículo 4º. Modifíquese el segundo inciso del Artículo 119 del Código Penal Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

Cuando las conductas señaladas en los artículos anteriores se cometan en niños y niñas menores de catorce (14) años o en mujer por el hecho de ser mujer, las respectivas penas se aumentarán en el doble.

Artículo 5º. *Preacuerdos.* La persona que incurra en el delito de feminicidio solo se le podrá aplicar un medio del beneficio de que trata el artículo 351 de la Ley 906 de 2004. Igualmente, no podrá celebrarse preacuerdos sobre los hechos imputados y sus consecuencias.

Artículo 6º. *Principios rectores de la debida diligencia en materia de investigación y juzgamiento del delito de feminicidio.* Con el fin de garantizar la realización de una investigación técnica, especializada, exhaustiva, imparcial, ágil, oportuna y efectiva sobre la comisión de delito de feminicidio, así como el juzgamiento sin dilaciones de los presuntos responsables, las autoridades jurisdiccionales competentes deberán actuar con la debida diligencia en todas y cada una de las actuaciones judiciales correspondientes, en acatamiento de los principios de competencia, independencia, imparcialidad, exhaustividad y oportunidad y con miras al respeto del derecho que tienen las víctimas y sus familiares o personas de su entorno social y/o comunitario, a participar y colaborar con la administración de justicia dentro de los procesos de investigación y juzgamiento de la comisión de las conductas punibles de las violencias en contra de las mujeres y, en particular del feminicidio.

Artículo 7º. *Actuaciones jurisdiccionales dentro del principio de la diligencia debida para desarrollar las investigaciones y el juzgamiento del delito de feminicidio.* Las autoridades jurisdiccionales competentes deberán obrar con la diligencia debida en todas y cada una de las actuaciones judiciales correspondientes, entre otras:

- a) La búsqueda e identificación de la víctima o sus restos cuando haya sido sometida a desaparición forzada o se desconozca su paradero.
- b) La indagación sobre los antecedentes del continuum de violencias de que fue víctima la mujer antes de la muerte, aun cuando estos no hayan sido denunciados.
- c) La determinación de los elementos subjetivos del tipo penal relacionados con las razones de género que motivaron la comisión del delito de feminicidio.
- d) La ejecución de las órdenes de captura y las medidas de detención preventiva contra él o los responsables del delito de feminicidio.
- e) El empleo de todos los medios al alcance para la obtención de las pruebas relevantes en orden a determinar las causas de la muerte violenta contra la mujer.
- f) La ubicación del contexto en el que se cometió el hecho punible y las peculiaridades de la situación y del tipo de violación que se esté investigando.
- g) La eliminación de los obstáculos y mecanismos de hecho y de derecho que conducen a la impunidad de la violencia feminicida.
- h) El otorgamiento de garantías de seguridad para los testigos, los familiares de las víctimas de la violencia feminicida, lo mismo que a los operadores de la justicia.
- i) La sanción a los responsables del delito de feminicidio mediante el uso eficiente y cuidadoso de los medios al alcance de la jurisdicción penal ordinaria o de las jurisdicciones especiales.
- j) La eliminación de los prejuicios basados en género en relación con las violencias contra las mujeres.

Artículo 8º. *Obligatoriedad y características de la investigación del feminicidio.* En los casos de evidencia clara o de sospecha fundada de perpetración de un feminicidio o de una tentativa de feminicidio, las investigaciones deberán iniciarse de oficio y llevarse a cabo inmediatamente y de modo exhaustivo por personal especializado, dotado de los medios logísticos y metodológicos suficientes e indispensables para conducir la identificación del o de los responsables, su judicialización y sanción. El retiro de una denuncia por una presunta víctima no se constituirá en elemento determinante para el archivo del proceso.

Artículo 9º. *Asistencia Técnico Legal.* El Estado, a través de la Defensoría del Pueblo garantizará la orientación, asesoría y representación jurídica a mujeres víctimas de las violencias de género y en especial de la violencia feminicida de manera gratuita, inmediata, especializada y prioritaria desde la perspectiva de género y de los Derechos Humanos de las mujeres, a fin de garantizar su acceso a la administración de justicia, a un recurso judicial efectivo y al otorgamiento de las medidas de protección y atención consagradas en la Ley 1257 de 2008 y en otras instancias administrativas y jurisdiccionales. Esta asistencia técnico legal y la representación jurídica de las mujeres víctimas de las violencias de género la podrán realizar las entidades rectoras de políticas públicas para las mujeres y de equidad de género existentes en el ámbito nacional, departamental, distrital y municipal, de conformidad con sus competencias

constitucionales, legales y reglamentarias. En las entidades territoriales donde no existan o no estén contempladas las instancias y los mecanismos de atención, protección y asistencia técnico legal para las mujeres víctimas de las violencias de género, de conformidad con sus competencias constitucionales, legales y reglamentarias, deberán crear las instancias y los mecanismos pertinentes al cumplimiento de lo previsto en el presente artículo, en concordancia con las disposiciones establecidas en el artículo 9º de la Ley 1257 de 2008. **Parágrafo.** El plazo para la creación de dichas instancias y los mecanismos de atención, protección y asistencia técnico legal para las mujeres víctimas de la violencia de género en las entidades territoriales no podrá superar el plazo de un (1) año, contado a partir de la promulgación de la presente ley.

Artículo 10. *Sobre la perspectiva de género en la educación preescolar, básica y media.* A partir de la promulgación de la presente ley, el Ministerio de Educación Nacional dispondrá lo necesario para que las instituciones educativas de preescolar, básica y media incorporen a la malla curricular, la perspectiva de género y las reflexiones alrededor de la misma, centrándose en la protección de la mujer como base fundamental de la sociedad, en el marco del desarrollo de competencias básicas y ciudadanas, según el ciclo vital y educativo de los estudiantes. Dicha incorporación será realizada a través de proyectos pedagógicos transversales basados en principios de interdisciplinariedad, intersectorialidad, e interinstitucionalidad sin vulnerar al ideario religioso y ético de las instituciones educativas, así como el derecho de los padres a elegir la educación moral y religiosa para sus hijos.

Parágrafo 1º. El Ministerio de Educación Nacional, establecerá e implementará los mecanismos de monitoreo y evaluación permanente del proceso de incorporación del enfoque de género en los proyectos pedagógicos y sus resultados, sobre lo cual deberá entregar un informe anual a la Comisión Legal para la Equidad de la Mujer del Congreso de la República de Colombia y a las autoridades que lo requieran.

Parágrafo 2º. El Ministerio de Educación Nacional tendrá un plazo de seis (6) meses contados a partir de la promulgación de la presente ley para iniciar el proceso de reglamentación que garantice la efectiva integración del enfoque de género a los procesos y proyectos pedagógicos en todas las instituciones educativas de preescolar, básica y media.

Artículo 11. *Formación de género, Derechos Humanos o Derecho Internacional Humanitario de los servidores públicos.* A partir de la promulgación de la presente ley, los servidores públicos de la Rama Ejecutiva o Judicial en cualquiera de los órdenes que tengan funciones o competencias en la prevención, investigación, judicialización, sanción y reparación de todas las formas de violencia contra las mujeres, deberán recibir formación en género, Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, en los procesos de inducción y reinducción en los que deban participar, de acuerdo con las normas que regulen sus respectivos empleos.

Artículo 12. *Adopción de un Sistema Nacional de Estadísticas sobre Violencia Basada en Género.* Dentro del año siguiente a la promulgación de la presente ley, el Departamento Nacional de Estadísticas (DANE), en coordinación con el Ministerio de

Justicia y del Derecho y el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses (INMLCF), adoptarán un Sistema Nacional de Recopilación de Datos sobre los hechos relacionados con la violencia de género en el país, en orden a establecer los tipos, ámbitos, modalidades, frecuencia, medios utilizados para ejecutar la violencia, niveles de impacto personal y social, medidas otorgadas, servicios prestados y estado del proceso judicial, para la definición de políticas públicas de prevención, protección, atención y reparación de las víctimas de la violencia de género.

Artículo 13. *Vigencia.* La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga el numeral undécimo del artículo 104 del Código Penal - Ley 599 de 2000, así como las demás disposiciones que le sean contrarias.

Ley 1762, de 6 de julio de 2015, por medio de la cual se adoptan instrumentos para prevenir, controlar y sancionar el contrabando, el lavado de activos y la evasión fiscal.

EL CONGRESO DE COLOMBIA

Decreta:

Artículo 1º. *Objeto.* La presente ley tiene por objeto modernizar y adecuar la normativa existente a la necesidad de fortalecer la lucha contra la competencia desleal realizada por personas y organizaciones incursas en operaciones ilegales de contrabando, lavado de activos y defraudación fiscal.

La ley moderniza y adecua la normativa necesaria para prevenir, controlar y sancionar el contrabando, la defraudación fiscal y el favorecimiento de esas conductas; para fortalecer la capacidad institucional del Estado; para establecer mecanismos que faciliten que los autores y organizaciones dedicadas o relacionadas con este tipo de actividades sean procesadas y sancionadas por las autoridades competentes; y para garantizar la adopción de medidas patrimoniales que disuadan y castiguen el desarrollo de esas conductas.

Capítulo I

Disposiciones penales y procesales penales

Artículo 2º. *Las penas privativas de otros derechos.* Modifíquese el numeral 3 del artículo 43 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

Artículo 43. (...)

“3. La inhabilitación para el ejercicio de profesión, arte, oficio, industria o comercio, bien sea de forma directa o indirecta en calidad de administrador de una sociedad, entidad sin ánimo de lucro o cualquier tipo de ente económico, nacional o extranjero. (...)”

Artículo 3º. *La inhabilitación para el ejercicio de profesión, arte, oficio, industria o comercio.* Modifíquese el artículo 46 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

“**Artículo 46.** *La inhabilitación para el ejercicio de profesión, arte, oficio, industria o comercio.* La pena de inhabilitación para el ejercicio de profesión, arte, oficio, industria o comercio, se impondrá por el mismo tiempo de la pena de prisión impuesta, sin exceder los límites que alude el artículo 51 de este Código, siempre que la infracción se cometa con abuso del ejercicio de cualquiera de las mencionadas actividades, medie relación de causalidad entre el delito y la profesión o contravenga las obligaciones que de su ejercicio se deriven.

En firme la sentencia que impusiere esta pena, el juez la comunicará a la respectiva Cámara de Comercio para su inclusión en el Registro Único Empresarial (RUES) o el que haga sus veces, a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, y demás autoridades

encargadas del registro de la profesión, comercio, arte u oficio del condenado, según corresponda”.

Artículo 4º. Contrabando. Modifíquese el artículo 319 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

“**Artículo 319. Contrabando.** El que introduzca o extraiga mercancías en cuantía superior a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales, al o desde el territorio colombiano por lugares no habilitados de acuerdo con la normativa aduanera vigente, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa del doscientos (200%) al trescientos (300%) por ciento del valor aduanero de los bienes objeto del delito.

En que oculte, disimule o sustraiga de la intervención y control aduanero mercancías en cuantía superior a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales, o las ingrese a zona primaria definida en la normativa aduanera vigente sin el cumplimiento de las formalidades exigidas en la regulación aduanera, incurrirá en la misma pena de prisión y multa descrita en el inciso anterior.

Si las conductas descritas en los incisos anteriores recaen sobre mercancías en cuantía superior a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales, se impondrá una pena de nueve (9) a doce (12) años de prisión y multa del doscientos (200%) al trescientos (300%) por ciento del valor aduanero de los bienes objeto del delito.

Se tomará como circunstancias de agravación punitiva, que el sujeto activo tenga la calidad de Usuario Altamente Exportador (Altex), de un Usuario Aduanero Permanente (UAP), o de un Usuario u Operador de Confianza, de un Operador Económico Autorizado (OEA) o de cualquier operador con un régimen especial de acuerdo con la normativa aduanera vigente. Asimismo será causal de mayor punibilidad la reincidencia del sujeto activo de la conducta.

Parágrafo. La legalización de las mercancías no extingue la acción penal”.

Artículo 5º. Contrabando de hidrocarburos y sus derivados. Modifíquese el artículo 319-1 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

“**Artículo 319-1. Contrabando de hidrocarburos y sus derivados.** El que en cantidad superior a veinte (20) galones e inferior a cincuenta (50) introduzca hidrocarburos o sus derivados al territorio colombiano, o los extraiga desde él, por lugares no habilitados de acuerdo con la normativa aduanera vigente, incurrirá en prisión de tres (3) a cinco (5) años y multa de ciento cincuenta (150) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales vigentes.

El que descargue en lugar de arribo hidrocarburos o sus derivados en cantidad superior a veinte (20) galones e inferior a cincuenta (50), sin el cumplimiento de las formalidades exigidas en la regulación aduanera, incurrirá en la misma pena de prisión y multa descrita en el inciso anterior.

El que oculte, disimule o sustraiga de la intervención y control aduanero hidrocarburos o sus derivados en cantidad superior a veinte (20) galones e inferior a cincuenta (50), incurrirá en la misma pena de prisión y multa descrita en el inciso 1º de este artículo.

Si las conductas descritas en los incisos anteriores recaen sobre hidrocarburos o sus derivados cuya cantidad supere los cincuenta (50) galones, se impondrá una pena de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de trescientos (300) a mil quinientos (1.500) salarios

mínimos mensuales legales vigentes, sin que en ningún caso sea inferior al doscientos por ciento (200%) del valor aduanero de los hidrocarburos o sus derivados objeto del delito.

Si las conductas descritas en los incisos anteriores recaen sobre hidrocarburos o sus derivados cuya cantidad supere los ochenta (80) galones, se impondrá una pena de diez (10) a catorce (14) años de prisión y multa de mil quinientos (1.500) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin que en ningún caso sea inferior al doscientos por ciento (200%) del valor aduanero de los hidrocarburos o sus derivados objeto del delito. El monto de la multa no podrá superar el máximo de la pena de multa establecido en este código.

Si las conductas descritas en los incisos anteriores recaen sobre hidrocarburos o sus derivados cuya cantidad supere los mil (1.000) galones, se impondrá una pena de doce (12) a dieciséis (16) años de prisión y multa de mil quinientos (1.500) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin que en ningún caso sea inferior al doscientos por ciento (200%) del valor aduanero de los hidrocarburos o sus derivados objeto del delito. El monto de la multa no podrá superar el máximo de la pena de multa establecido en este Código.

Parágrafo. La legalización de las mercancías no extingue la acción penal”.

Artículo 6º. *Favorecimiento y facilitación del contrabando.* Modifíquese el artículo 320 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

“**Artículo 320.** *Favorecimiento y facilitación del contrabando.* El que posea, tenga, transporte, embarque, desembarque, almacene, oculte, distribuya, enajene mercancías que hayan sido introducidas al país ilegalmente, o que se hayan ocultado, disimulado o sustraído de la intervención y control aduanero o que se hayan ingresado a zona primaria sin el cumplimiento de las formalidades exigidas en la regulación aduanera, cuyo valor supere los cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin superar los doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, incurrirá en pena de prisión de tres (3) a seis (6) años y multa del doscientos por ciento (200%) al trescientos por ciento (300%) del valor aduanero de la mercancía objeto del delito.

Si la conducta descrita en el inciso anterior recae sobre mercancías cuyo valor supere los doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, incurrirá en pena de prisión de seis (6) a diez (10) años, y multa del doscientos por ciento (200%) al trescientos por ciento (300%) del valor aduanero de la mercancía objeto del delito.

No se aplicará lo dispuesto en el presente artículo al consumidor final cuando los bienes que se encuentren en su poder, estén soportados con factura o documento equivalente, con el lleno de los requisitos legales contemplados en el artículo 771-2 del Estatuto Tributario”.

Artículo 7º. *Favorecimiento de contrabando de hidrocarburos o sus derivados.* Modifíquese el artículo 320-1 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

“**Artículo 320-1.** *Favorecimiento de contrabando de hidrocarburos o sus derivados.* El que posea, tenga, transporte, embarque, desembarque, almacene, oculte, distribuya, enajene hidrocarburos o sus derivados que hayan ingresado al país ilegalmente, o que se hayan descargado en lugar de arribo sin cumplimiento de la normativa aduanera vigente, o que se hayan ocultado, disimulado o sustraído de la intervención y control aduanero cuya cantidad sea superior a veinte (20) galones e inferior a cincuenta (50), se impondrá

una pena de prisión de tres (3) a cinco (5) años y multa de ciento cincuenta (150) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos mensuales legales vigentes, sin que en ningún caso sea inferior al doscientos por ciento (200%) del valor aduanero de los hidrocarburos o sus derivados objeto del delito.

Si la conducta descrita en el inciso anterior recae sobre hidrocarburos o sus derivados cuya cantidad supere los cincuenta (50) galones, incurrirá en pena de prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de trescientos (300) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin que en ningún caso sea inferior al doscientos por ciento (200%) del valor aduanero de los hidrocarburos o sus derivados objeto del delito.

Si la conducta descrita en el inciso 1º recae sobre hidrocarburos o sus derivados cuya cantidad supere los ochenta (80) galones, incurrirá en pena de prisión de diez (10) a catorce (14) años, y multa de trescientos (300) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin que en ningún caso sea inferior al doscientos por ciento (200%) del valor aduanero de las mercancías.

Si la conducta descrita en el inciso primero, recae sobre hidrocarburos o sus derivados cuya cantidad supere los mil (1.000) galones, incurrirá en pena de doce (12) a dieciséis (16) años, y multa de trescientos (300) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin que en ningún caso sea inferior al doscientos por ciento (200%) del valor aduanero de las mercancías.

No se aplicará lo dispuesto en el presente artículo al consumidor final cuando los bienes que se encuentren en su poder, estén soportados con factura o documento equivalente, con el lleno de los requisitos legales contemplados en el artículo 771-2 del Estatuto Tributario”.

Artículo 8º. Fraude Aduanero. Modifíquese el artículo 321 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

“**Artículo 321. Fraude Aduanero.** El que por cualquier medio suministre información falsa, la manipule u oculte cuando le sea requerida por la autoridad aduanera o cuando esté obligado a entregarla por mandato legal, con la finalidad de evadir total o parcialmente el pago de tributos, derechos o gravámenes aduaneros a los que esté obligado en Colombia, en cuantía superior a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes del valor real de la mercancía incurrirá en pena de prisión de ocho (8) a doce (12) años, y multa de mil (1.000) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Parágrafo. Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará cuando el valor distinto de los tributos aduaneros declarados corresponda a error aritmético en la liquidación de tributos, sin perjuicio de la aplicación de las sanciones administrativas establecidas en la ley”.

Artículo 9º. Favorecimiento por servidor público. Modifíquese el artículo 322 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

“**Artículo 322. Favorecimiento por servidor público.** El servidor público que colabore, participe, embarque, desembarque, transporte, distribuya, almacene, oculte, enajene o de cualquier forma facilite la sustracción, ocultamiento o disimulo de mercancías del control de las autoridades aduaneras, o la introducción de las mismas por lugares no habilitados, u omita los controles legales o reglamentarios propios de su cargo para lograr los mismos

finés, cuando el valor real de la mercancía involucrada sea inferior a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, inhabilitación de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo de la pena de prisión impuesta, y multa de mil (1.000) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos mensuales vigentes, sin que en ningún caso sea inferior al doscientos por ciento (200%) del valor aduanero del objeto de la conducta.

Si la conducta descrita en el inciso anterior recae sobre mercancías cuyo valor real supere los cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, se impondrá una pena de prisión de nueve (9) a trece (13) años, inhabilitación de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo de la pena de prisión impuesta, y multa de mil (1.000) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos mensuales vigentes, sin que en ningún caso sea inferior al doscientos por ciento (200%) del valor aduanero del objeto de la conducta.

Si la conducta descrita en el inciso anterior recae sobre mercancías cuyo valor real supere los doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, se impondrá una pena de prisión de once (11) a quince (15) años, inhabilitación de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo de la pena de prisión impuesta, y multa de mil (1.000) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos mensuales vigentes, sin que en ningún caso sea inferior al doscientos por ciento (200%) del valor aduanero del objeto de la conducta.

El monto de la multa no podrá superar el máximo de la pena de multa establecida en este Código”.

Artículo 10. *Favorecimiento por servidor público de contrabando de hidrocarburos o sus derivados.* Modifíquese el artículo 322-1 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

“**Artículo 322-1.** *Favorecimiento por servidor público de contrabando de hidrocarburos o sus derivados.* El servidor público que colabore, participe, embarque, desembarque, transporte, distribuya, almacene, oculte, enajene o de cualquier forma facilite la sustracción, ocultamiento o disimulo de hidrocarburos o sus derivados del control de las autoridades aduaneras, o la introducción de las mismas por lugares no habilitados, u omita los controles legales o reglamentarios propios de su cargo para lograr los mismos fines, cuando la cantidad de los hidrocarburos o sus derivados sea inferior a los cincuenta (50) galones, incurrirá en prisión de cinco (5) a nueve (9) años, inhabilitación derechos y funciones públicas por el mismo tiempo de la pena de prisión impuesta, y multa de mil (1.000) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos mensuales vigentes, sin que en ningún caso sea inferior al doscientos por ciento (200%) del valor aduanero del objeto de la conducta.

Si la conducta descrita en el inciso anterior recae sobre una cantidad de hidrocarburos o sus derivados que supere los cincuenta (50) galones, se impondrá una pena de prisión de diez (10) a catorce (14) años, inhabilitación derechos y funciones públicas por el mismo tiempo de la pena de prisión impuesta, y multa de mil (1.000) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos mensuales vigentes, sin que en ningún caso sea inferior al doscientos por ciento (200%) del valor aduanero del objeto de la conducta.

Si la conducta descrita en el primer inciso, recae sobre una cantidad de hidrocarburos o sus derivados que supere los quinientos (500) galones, se impondrá una pena de prisión de doce (12) a dieciséis (16) años, inhabilitación derechos y funciones públicas por el mismo tiempo de la pena de prisión impuesta, y multa de mil (1.000) a cincuenta mil

(50.000) salarios mínimos mensuales vigentes, sin que en ningún caso sea inferior al doscientos por ciento (200%) del valor aduanero del objeto de la conducta.

El monto de la multa no podrá superar el máximo de multa establecida en este Código”.

Artículo 11. *Lavado de activos.* Modifíquese el artículo 323 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

“**Artículo 323.** *Lavado de activos.* El que adquiera, resguarde, invierta, transporte, transforme, almacene, conserve, custodie o administre bienes que tengan su origen mediato o inmediato en actividades de tráfico de migrantes, trata de personas, extorsión, enriquecimiento ilícito, secuestro extorsivo, rebelión, tráfico de armas, tráfico de menores de edad, financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, delitos contra el sistema financiero, delitos contra la administración pública, contrabando, contrabando de hidrocarburos o sus derivados, fraude aduanero o favorecimiento y facilitación del contrabando, favorecimiento de contrabando de hidrocarburos o sus derivados, en cualquiera de sus formas, o vinculados con el producto de delitos ejecutados bajo concierto para delinquir, o les dé a los bienes provenientes de dichas actividades apariencia de legalidad o los legalice, oculte o encubra la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derecho sobre tales bienes o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, incurrirá por esa sola conducta, en prisión de diez (10) a treinta (30) años y multa de mil (1.000) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La misma pena se aplicará cuando las conductas descritas en el inciso anterior se realicen sobre bienes cuya extinción de dominio haya sido declarada.

El lavado de activos será punible aun cuando las actividades de que provinieren los bienes, o los actos penados en los apartados anteriores, se hubiesen realizado, total o parcialmente, en el extranjero.

Las penas privativas de la libertad previstas en el presente artículo se aumentarán de una tercera parte a la mitad cuando para la realización de las conductas se efectuaren operaciones de cambio o de comercio exterior, o se introdujeran mercancías al territorio nacional”.

Artículo 12. *Concierto para delinquir.* Adiciónese un cuarto inciso al artículo 340 de la Ley 599 de 2000, en los siguientes términos:

“**Artículo 340.** (...)

Cuando se tratare de concierto para la comisión de delitos de contrabando, contrabando de hidrocarburos o sus derivados, fraude aduanero, favorecimiento y facilitación del contrabando, favorecimiento de contrabando de hidrocarburos o sus derivados, la pena será de prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de dos mil (2.000) hasta treinta mil (30.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

Artículo 13. *Receptación.* Adiciónese un cuarto inciso al artículo 447 de la Ley 599 de 2000, en los siguientes términos:

“**Artículo 447.** (...)

Si la conducta recae sobre los siguientes productos o sus derivados: aceites comestibles, arroz, papa, cebolla, huevos, leche, azúcar, cacao, carne, ganado, aves vivas o en canal, licores, medicamentos, cigarrillos, aceites carburantes, vehículos, autopartes, calzado, marroquinería, confecciones, textiles, acero o cemento, en cuantía superior a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes, la pena imponible se aumentará hasta en la mitad”.

Capítulo II

Régimen sancionatorio común para productos sometidos al impuesto al consumo de cervezas, sifones y refajo; al impuesto al consumo de licores, vinos, aperitivos y similares; y al impuesto al consumo de cigarrillos y tabaco elaborado **Sanciones**

Artículo 14. *Sanciones por evasión del impuesto al consumo.* El incumplimiento de las obligaciones y deberes relativos al impuesto al consumo de que trata la Ley 223 de 1995, o el incumplimiento de deberes específicos de control de mercancías sujetas al impuesto al consumo, podrá dar lugar a la imposición de una o algunas de las siguientes sanciones, según sea el caso:

- a) Decomiso de la mercancía;
- b) Cierre del establecimiento de comercio;
- c) Suspensión o cancelación definitiva de las licencias, concesiones, autorizaciones o registros;
- d) Multa.

Artículo 15. *Decomiso de las mercancías.* Sin perjuicio de las facultades y competencias de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, los departamentos y el Distrito Capital de Bogotá en los términos de los artículos 200 y 222 de la Ley 223 de 1995, podrán aprehender y decomisar mercancías sometidas al impuesto al consumo, en los casos previstos en esa norma y su reglamentación. En el evento en que se demuestre que las mercancías no son sujetas al impuesto al consumo, pero posiblemente han ingresado al territorio aduanero nacional de manera irregular, los departamentos o el Distrito Capital, según sea el caso, deberán dar traslado de lo actuado a la autoridad aduanera, para lo de su competencia.

Artículo 16. *Sanción de cierre de establecimiento de comercio.* Los departamentos y el Distrito Capital de Bogotá, dentro de su ámbito de competencia, deberán ordenar a título de sanción el cierre temporal de los establecimientos en donde se comercialicen o almacenen productos sometidos al impuesto al consumo del que trata la Ley 223 de 1995, respecto de los cuales no se hubiere declarado o pagado dicho impuesto por parte del sujeto pasivo del impuesto.

La dosificación de la sanción atenderá los siguientes criterios:

Cuando el valor de la mercancía sea inferior a doscientas veintiocho (228) UVT, el cierre del establecimiento podrá ordenarse hasta por treinta (30) días calendario.

Cuando el valor de la mercancía sea igual o mayor a doscientas veintiocho (228) y hasta seiscientos ochenta y cuatro (684) UVT, el cierre del establecimiento podrá ordenarse hasta por sesenta (60) días calendario.

Cuando el valor de la mercancía sea mayor a seiscientos ochenta y cuatro (684) y hasta mil ciento treinta y nueve (1139) UVT, el cierre del establecimiento podrá ordenarse hasta por noventa (90) días calendario.

Cuando el valor de la mercancía sea mayor a mil ciento treinta y nueve (1139) UVT, el cierre del establecimiento podrá ordenarse hasta por ciento veinte (120) días calendario.

Parágrafo 1º. El cierre del establecimiento de comercio genera para su titular o titulares la prohibición de registrar o administrar en el domicilio donde se cometió la infracción o en cualquier otro dentro de la misma jurisdicción, directamente o por interpuesta persona, un nuevo establecimiento de comercio con objeto idéntico o similar, por el tiempo que dure la sanción.

Parágrafo 2º. Para efectos del avalúo de que trata el presente artículo, se atenderán criterios de valor comercial, y como criterios auxiliares se podrá acudir a los términos consagrados por el Estatuto Tributario y el Estatuto Aduanero.

Parágrafo 3º. El propietario del establecimiento de comercio que sin previa autorización lo reabra antes de la fecha prevista para el cumplimiento de la sanción de cierre impuesta por la autoridad competente, será sancionado con multa de cuarenta y seis (46) UVT por día transcurrido, sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar.

Artículo 17. *Sanción de suspensión o cancelación del registro o autorización de operaciones.* Los distribuidores que comercialicen bienes sujetos al impuesto al consumo respecto de los cuales no se hubiere declarado o pagado dicho impuesto dentro del término señalado en la ley, serán sancionados por la Secretaría de Hacienda Departamental o del Distrito Capital según corresponda, con la suspensión del registro o autorización de comercialización por un término de hasta un (1) año. Los distribuidores sancionados no podrán comercializar bienes gravados con impuesto al consumo en el departamento respectivo o el Distrito Capital según corresponda, durante el término que fije el acto administrativo sancionatorio correspondiente. En caso de reincidencia procederá la cancelación del registro o autorización.

Artículo 18. *Sanción de multa por no declarar el impuesto al consumo.* Sin perjuicio del pago de los impuestos correspondientes, la sanción por no declarar oportunamente el impuesto al consumo del que trata la Ley 223 de 1995 será de (i) multa equivalente al veinte por ciento (20%) del valor de las mercancías que determine la administración para el período en que la misma no se haya declarado; o de (ii) multa equivalente al veinte por ciento (20%) del valor de las mercancías que determine la administración, calculado proporcionalmente para el período en el que no se declaró el impuesto al consumo y estimados con base en la última declaración de renta presentada. En todo caso, se utilizará la base que genere el mayor valor entre las dos.

Parágrafo 1º. Para efectos de la liquidación, cuando los departamentos o el Distrito Capital dispongan únicamente de una de las bases para liquidar el monto de las sanciones de que trata el presente artículo, podrán aplicarlas sobre dicha base sin necesidad de calcular las otras.

Parágrafo 2º. Si dentro del término para interponer el recurso contra la resolución que impone la sanción por no declarar, el contribuyente, responsable o agente retenedor, presenta la declaración, la sanción por no declarar se reducirá en un veinte por ciento (20%) del valor de la sanción inicialmente impuesta por la administración, en cuyo caso, el contribuyente, responsable o agente retenedor, deberá liquidarla y pagarla al presentar la declaración tributaria.

Artículo 19. *Sanción de multa por importación con franquicia sin pago de impuesto al consumo.* La ausencia de declaración o la ausencia de pago del impuesto al consumo del que trata la Ley 223 de 1995, por la importación con franquicia de bienes gravados con el mismo, darán lugar a la imposición de las sanciones previstas en los artículos anteriores, según sea el caso. Dicho impuesto se generará en toda importación con franquicia, sin perjuicio de la devolución del mismo en los términos y condiciones que defina el Gobierno nacional, una vez acreditados los elementos que dan lugar a la franquicia correspondiente.

Artículo 20. *Sanción de multa por extemporaneidad en el registro.* Los responsables del impuesto al consumo del que trata la Ley 223 de 1995 obligados a registrarse ante las Secretarías de Hacienda de los departamentos y del Distrito Capital que se inscriban con posterioridad al plazo establecido en el literal a) del artículo 215 de la Ley 223 de 1995 deberán liquidar y cancelar una sanción equivalente a doscientas veintiocho (228) UVT por cada mes o fracción de mes de retardo en la inscripción.

Cuando la inscripción se haga de oficio, existiendo obligación legal para registrarse, se aplicará una sanción de cuatrocientas cincuenta y seis (456) UVT por cada mes o fracción de mes de retardo en la inscripción.

Artículo 21. *Sanción de multa por no movilizar mercancías dentro del término legal.* Sin perjuicio de la aprehensión y decomiso de los productos, en los eventos en que procedan, si una vez expedida la tornaguía, no se llevare a cabo la movilización de los productos gravados con impuestos al consumo de que trata la Ley 223 de 1995 dentro del plazo señalado por la normativa vigente, el sujeto pasivo será sancionado por la Secretaría de Hacienda Departamental o por la Secretaría de Hacienda del Distrito Capital según corresponda, con cuarenta y seis (46) UVT por cada día de demora.

Artículo 22. *Sanción de multa por no radicar tornaguías para legalización.* El transportador encargado de radicar ante las autoridades la tornaguía de productos con respecto a los cuales deba pagarse impuesto al consumo del que trata la Ley 223 de 1995, y el sujeto pasivo del impuesto al consumo generado por la mercancía transportada por el transportador, serán sancionados cada uno con multa equivalente a cuarenta y seis (46) UVT por día transcurrido, sin que el monto sobrepase el doscientos por ciento (200%) del valor comercial de la mercancía transportada, cuando no radiquen

las tornaguías de movilización de la mercancía correspondiente para que sean legalizadas por la autoridad competente, salvo casos de fuerza mayor o caso fortuito.

Procedimientos aplicables para la imposición de las sanciones

Artículo 23. *Procedimiento para mercancías cuya cuantía sea igual o inferior a 456 UVT.* Cuando las autoridades de fiscalización de los departamentos o del Distrito Capital de Bogotá encuentren productos sometidos al impuesto al consumo de que trata la Ley 223 de 1995 que tengan un valor inferior o igual a cuatrocientas cincuenta y seis (456) UVT, y no se acredite el pago del impuesto, procederán de inmediato a su aprehensión.

Dentro de la misma diligencia de aprehensión, el tenedor de la mercancía deberá aportar los documentos requeridos por el funcionario competente que demuestren el pago del impuesto. De no aportarse tales documentos se proferirá el acta de aprehensión, reconocimiento, avalúo y decomiso directo de los bienes.

En esa misma acta podrá imponerse la sanción de multa correspondiente y la sanción de cierre temporal del establecimiento de comercio, cuando a ello hubiere lugar.

El acta de la diligencia es una decisión de fondo y contra la misma procede únicamente el recurso de reconsideración.

Parágrafo 1º. Cuando con ocasión del recurso de reconsideración o de la petición de revocatoria directa interpuesta contra el acta de aprehensión y decomiso, se determine que el valor de la mercancía aprehendida y decomisada directamente resulta superior a la cuantía de cuatrocientas cincuenta y seis (456) UVT, prevista en el inciso 1º de este artículo, se le restablecerán los términos al interesado y se seguirá el procedimiento administrativo sancionador previsto en el artículo 24 de la presente ley.

Parágrafo 2º. El procedimiento previsto en este artículo podrá igualmente aplicarse, respecto de los productos extranjeros sometidos al impuesto al consumo que sean encontrados sin los documentos que amparen el pago del tributo. En estos casos, sin perjuicio de la correspondiente disposición de los bienes en los términos que ordena la presente ley, el departamento o el Distrito Capital deberán dar traslado de lo actuado a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, así como dar aviso inmediato de esta circunstancia a la Unidad de Información y Análisis Financiero, para que inicien las actuaciones o tomen las determinaciones propias de su ámbito de competencia.

Parágrafo 3º. Para efectos del avalúo de que trata el presente artículo, la mercancía será valorada en los términos consagrados por el Estatuto Tributario, el Estatuto Aduanero y las normas previstas en la presente ley.

En los aspectos no contemplados en este capítulo, se seguirá lo dispuesto por el Estatuto Tributario, en lo que sea compatible.

Artículo 24. *Procedimiento para mercancías cuya cuantía sea superior a 456 UVT.* Las sanciones de decomiso de la mercancía, cierre del establecimiento de comercio, suspensión o cancelación de las licencias, autorizaciones, concesiones y

registros y las multas establecidas en los artículos 15 a 19 de la presente ley, se impondrán de acuerdo con el siguiente procedimiento:

El funcionario encargado de la función de fiscalización, de oficio o a solicitud de parte, adelantará las averiguaciones preliminares que culminaran con un informe presentado al Secretario de Hacienda del departamento o del Distrito Capital quien proferirá pliego de cargos, cuando corresponda, en el que señalará, con precisión y claridad, los hechos que lo originan, las personas naturales o jurídicas objeto de la investigación, las disposiciones presuntamente vulneradas y las sanciones o medidas que serían procedentes. Este acto administrativo deberá ser notificado personalmente a los investigados. Contra esta decisión no procede recurso.

El investigado, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la formulación de cargos, podrá presentar los descargos y, solicitar o aportar las pruebas que pretendan hacer valer. Serán rechazadas de manera motivada, las inconducentes, las impertinentes y las superfluas y no se atenderán las practicadas ilegalmente. Cuando deban practicarse pruebas se señalará un término no mayor a 30 días. Vencido el período probatorio se dará traslado al investigado por diez (10) días para que presente los alegatos respectivos. Dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al vencimiento de la fecha para presentar los alegatos, el funcionario deberá proferir decisión definitiva.

Contra el acto administrativo que impone la sanción procederá el recurso de reconsideración, que se interpondrá dentro de los diez (10) días, siguientes a la notificación de la resolución que impone la sanción y se decidirá dentro de los treinta (30) días, siguientes a su interposición, por el Gobernador o el Alcalde Mayor del Distrito Capital, según sea el caso.

En los aspectos no contemplados en este capítulo, se seguirá lo dispuesto por el Estatuto Tributario, en lo que sea compatible.

Artículo 25. *Procedimiento aplicable para la imposición de la sanción de multa.* Para la aplicación de las multas de que tratan los artículos 20 a 22 de la presente ley, se seguirá el procedimiento sancionatorio previsto en el Decreto número 2685 de 1999 y las normas que lo modifiquen o sustituyan.

Artículo 26. *Reincidencia.* Habrá reincidencia siempre que el sancionado, por acto administrativo en firme, cometiere una nueva infracción del mismo tipo dentro de los tres (3) años siguientes a la comisión del hecho sancionado.

La reincidencia permitirá elevar las sanciones pecuniarias establecidas en la presente ley, en un veinticinco por ciento (25%) de su valor cuando se reincida por primera vez, en un cincuenta por ciento (50%) cuando se reincida por segunda vez, en un setenta y cinco por ciento (75%) cuando se reincida por tercera vez, y en un ciento por ciento (100%) cuando se reincida por cuarta o más veces.

Capítulo III

Disposiciones en materia comercial

Artículo 27. *Funciones del Revisor Fiscal.* Adiciónese al artículo 207 del Código de Comercio, un nuevo numeral, el cual quedará así:

“**Artículo 207.** (...)”

“10. Reportar a la Unidad de Información y Análisis Financiero las operaciones catalogadas como sospechosas en los términos del literal d) del numeral 2 del artículo 102 del Decreto-ley 663 de 1993, cuando las adviertan dentro del giro ordinario de sus labores.

Artículo 28. *Sanciones por violaciones a las prohibiciones sobre los libros de comercio, a las obligaciones del comerciante y otras.* Modifíquese el artículo 58 del Código de Comercio, el cual quedará así:

“**Artículo 58.** *Sanciones por violaciones a las prohibiciones sobre los libros de comercio, a las obligaciones del comerciante y otras.* Sin perjuicio de las penas y sanciones establecidas en normas especiales, la violación a las obligaciones y prohibiciones establecidas en los artículos 19, 52, 55, 57, 59 y 60 del Código de Comercio, o el no suministro de la información requerida por las autoridades de conformidad con las normas vigentes, o el incumplimiento de la prohibición de ejercer el comercio, profesión u oficio, proferida por autoridad judicial competente, será sancionada con multa entre diez (10) y mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, atendiendo criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad. La multa será impuesta por la Superintendencia de Sociedades o del ente de inspección, vigilancia o control correspondiente, según el caso, de oficio o a petición de cualquier persona.

En el evento que una persona que haya sido sancionada por autoridad judicial con la inhabilitación para ejercer el comercio, profesión u oficio, esté ejerciendo dicha actividad a través de un establecimiento de comercio, adicional a la multa establecida en el párrafo anterior, la Superintendencia de Sociedades o el ente de inspección, vigilancia o control correspondiente, según el caso, de oficio o a petición de cualquier persona, ordenará la suspensión de las actividades comerciales desarrolladas en el establecimiento, por un término de hasta 2 meses. En caso de reincidencia, ordenará el cierre definitivo del establecimiento de comercio”.

Artículo 29. *Procedimiento sancionatorio.* Para efectos de la imposición de las sanciones de que trata el artículo anterior, se dispone del siguiente procedimiento verbal de carácter sumario:

1. Se realizará una visita de verificación de la violación, bien sea de oficio o a petición de cualquier persona, y el funcionario delegado de la Superintendencia de Sociedades o del ente que ejerza las funciones de inspección, vigilancia o control correspondientes, según el caso, dejará constancia de la misma mediante acta.

2. En el evento en que de la visita resulte que la sociedad o persona ha incurrido en la violación a las obligaciones y prohibiciones establecidas en los artículos 19, 52, 55, 57, 59 y 60 del Código de Comercio o ejerza el comercio, profesión u oficio a pesar de estar inhabilitado, o no se suministre la información que solicite la autoridad para verificar los hechos, se procederá en el mismo sitio de la inspección a citar al representante legal de la sociedad o a la persona natural a una audiencia a celebrarse dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la fecha de la visita. En la citación

se dejará constancia del objeto de la audiencia, y se prevendrá a la sociedad o a la persona natural según corresponda, acerca de la necesidad de llevar la totalidad de pruebas que pretenda hacer valer.

3. Llegado el día y hora de la audiencia programada, se procederá a dejar constancia acerca del objeto de la misma, y se le concederá el uso de la palabra a la parte investigada.

4. En el evento en que la parte de manera voluntaria, consciente y libre, acepte que a la fecha de la inspección no había dado cumplimiento a su deber legal, y adicionalmente allegue la información requerida por la autoridad correspondiente, el funcionario instructor se abstendrá de imponer sanción por una única vez, previniendo a la parte que en caso de reincidir en esta circunstancia, se hará acreedora a la totalidad de la sanción imponible. Lo anterior, sin perjuicio de las penas y sanciones aplicables por normas especiales.

5. En el evento en que la parte manifieste que no ha incurrido en falta alguna, el funcionario instructor abrirá el procedimiento a pruebas, y permitirá a la parte allegar las pruebas que resulten pertinentes y conducentes para efectos de formular su defensa. Cuando deban practicarse pruebas se señalará un término no mayor a treinta (30) días. Serán rechazadas de manera motivada, las inconducentes, las impertinentes y las superfluas y no se atenderán las practicadas ilegalmente. La decisión acerca del rechazo de la práctica de pruebas será objeto de recurso de apelación, que deberá ser interpuesto y sustentado en el mismo acto. El recurso se concederá en el efecto devolutivo. No obstante lo anterior, el funcionario instructor no podrá emitir decisión de fondo cuando existan recursos pendientes.

6. Vencido el período probatorio se dará traslado al investigado por diez (10) días para que presente los alegatos respectivos.

7. Finalizada la etapa probatoria, el funcionario competente proferirá el acto administrativo definitivo dentro de los treinta (30) días siguientes a la presentación de los alegatos. La decisión podrá ser objeto de recurso de apelación, que deberá ser sustentado inmediatamente.

8. En caso de haberse interpuesto recurso de apelación, el superior jerárquico decidirá dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a que se allegue el expediente en su despacho si se trata de la decisión de fondo, y dentro de los diez (10) días calendario siguientes cuando se trate de una apelación por negación de pruebas.

9. En caso de no comparecer la parte en la fecha y hora fijada para la audiencia, el funcionario instructor, dejando expresa constancia de esta circunstancia, procederá a suspender el trámite por una única vez. La parte que no asistiere tendrá tres (3) días hábiles para justificar su inasistencia. En caso de justificar la inasistencia, se procederá a citar nuevamente a audiencia para continuar con el trámite. En el evento de no haberse justificado la inasistencia, procederá el funcionario instructor a fijar fecha y hora para continuar con el trámite. En dicho trámite, la parte podrá asistir pero no será oída.

Capítulo IV

Normas de fortalecimiento institucional contra el contrabando

Artículo 30. *Funciones de la Policía Fiscal y Aduanera en materia de Lucha contra el Contrabando.* Modifíquese el artículo 53 de la Ley 633 de 2000, el cual quedará así:

“**Artículo 53.** *Policía Fiscal Aduanera en el marco de lucha contra el contrabando.* La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) contará con una Dirección de Policía Fiscal y Aduanera. Los funcionarios de la Policía Nacional adscritos a la Dirección de Policía Fiscal y Aduanera en el marco de la lucha anticontrabando podrán desarrollar sus funciones conforme las competencias dadas y a los procedimientos establecidos con el Director General de la Unidad Administrativa Especial UAE-DIAN.

Artículo 31. *Coordinación en la lucha contra el contrabando y delitos conexos.* Créase la Comisión Interinstitucional de Lucha contra el Contrabando, encargada de construir y dictar la política de Estado contra el contrabando, el fraude aduanero y conductas conexas; teniendo en cuenta los gobiernos locales y los diferentes sectores. La Comisión adicionalmente formulará directrices tendientes a generar estrategias de educación y prevención, a fortalecer la legitimidad social y cultural de la tributación, el ingreso legal de mercancías al país y las estrategias para eliminar barreras administrativas asociadas a estas conductas y la incidencia transnacional de estos fenómenos. Estas directrices deberán ser propuestas e implementadas por los diferentes sectores y entidades involucradas en la lucha contra el contrabando y sus delitos conexos, tanto de los gobiernos locales como del orden nacional.

Dentro de los seis (6) meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley, la comisión formulará la política pública de educación y prevención como herramienta de la lucha contra el contrabando, el lavado de activos y la evasión fiscal.

La Comisión tendrá además el mandato prioritario de formular políticas de desarrollo alternativo y reconversión laboral para las zonas de frontera, donde se ejerza la política anticontrabando, en coordinación con las demás instancias competentes.

La Comisión Interinstitucional de Lucha Contra el Contrabando se instalará dentro de los tres (3) meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley y estará integrada por los siguientes miembros, quienes solo podrán delegar su participación en el segundo nivel jerárquico de la respectiva entidad:

1. El Director General de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.
2. El Director General de la Policía Nacional.
3. El Fiscal General de la Nación.
4. El Ministro de Comercio, Industria y Turismo.
5. El Ministro de Relaciones Exteriores.
6. El Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural.
7. El Superintendente de Puertos y Transporte.
8. El Superintendente de Industria y Comercio

9. El Director General de la Unidad de Información y Análisis Financiero.
10. El Director General del Invima, cuando fuere el caso.
11. El Director de la Dimar, cuando fuera el caso.
12. El Director de la Aeronáutica Civil, cuando fuera el caso.
13. El Gerente General del ICA, cuando fuere el caso.
14. Los Gobernadores de los departamentos Fronterizos, cuando afecten temas de competencia regional.

La Comisión Interinstitucional estará presidida por el Director General de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (UAE-DIAN) o su delegado y la Dirección de Policía Fiscal y Aduanera ejercerá la Secretaría Técnica de la Comisión. La Comisión se reunirá ordinariamente cada tres (3) meses y podrá invitar a las Entidades que de acuerdo con sus competencias se requieran para atender asuntos de la lucha contra el Contrabando y conductas conexas, así como a los representantes del sector privado de las cadenas asociadas, cuando lo considere pertinente. El Gobierno Nacional reglamentará el funcionamiento de la Comisión Interinstitucional creada mediante la presente ley.

La coordinación será realizada de conformidad con los principios de eficacia, economía, celeridad, complementariedad, cooperación y especialización, y estará enmarcada por el deber de colaboración armónica de las entidades públicas del Estado, de conformidad con el artículo 113 de la Constitución Política.

Artículo 32. *Unidad de Información y Análisis Financiero.* Modifíquese el primer inciso del artículo 1º de la Ley 526 de 1999, “*por medio de la cual se crea la Unidad de Información y Análisis Financiero*”, el cual quedará así:

“**Artículo 1º.** *Unidad Administrativa Especial.* Créase la Unidad de Información y Análisis Financiero, como una Unidad Administrativa Especial con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonio independiente y regímenes especiales en materia de administración de personal, nomenclatura, clasificación, salarios y prestaciones, de carácter técnico, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, cuyas funciones serán de intervención del Estado con el fin de detectar prácticas asociadas con el lavado de activos, financiación del terrorismo y las conductas relacionadas con la defraudación en materia aduanera. (...)”.

Artículo 33. *Funciones de la Unidad de Información y Análisis Financiero.* Modifíquese al artículo 3º de la Ley 526 de 1999, “*por medio de la cual se crea la Unidad de Información y Análisis Financiero*”, el cual quedará así:

“La Unidad tendrá como objetivos centrales los siguientes:

1. La prevención y detección de operaciones que puedan ser utilizadas como instrumento para el ocultamiento, manejo, inversión o aprovechamiento en cualquier forma de dinero u otros bienes provenientes de actividades delictivas o destinados a su financiación, o para dar apariencia de legalidad a las actividades delictivas o a las transacciones y fondos vinculados con las mismas, prioritariamente el lavado de activos y la financiación del

terrorismo. Para ello centralizará, sistematizará y analizará mediante actividades de inteligencia financiera la información recaudada, en desarrollo de lo previsto en los artículos 102 a 107 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y sus normas remisorias o complementarias, las normas tributarias, aduaneras y demás información que conozcan las entidades del Estado o privadas que pueda resultar relevantes para el ejercicio de sus funciones. Dichas entidades estarán obligadas a suministrar de oficio o a solicitud de la Unidad, la información de que trata el presente artículo. Así mismo, la Unidad podrá recibir información de personas naturales.

2. La prevención, detección y el análisis, en relación con operaciones sospechosas de comercio exterior, que puedan tener relación directa o indirecta con actividades de contrabando y fraude aduanero, como delitos autónomos o subyacentes al de lavado de activos, así como de sus delitos conexos tales como el narcotráfico, el lavado de activos o actividades delictivas perpetradas por estructuras de delincuencia organizada.

La Unidad en cumplimiento de sus objetivos, comunicará a las autoridades competentes y a las entidades legitimadas para ejercitar la acción de extinción de dominio, cualquier información pertinente y que de conformidad con la ley esté autorizada para compartir con ellas, dentro del marco de la lucha integral contra el lavado de activos, la financiación del terrorismo, el contrabando, el fraude aduanero y las actividades que dan origen a la acción de extinción del dominio.

La Unidad de Información y Análisis Financiero, dentro del ámbito de su competencia, podrá celebrar convenios de cooperación con entidades de similar naturaleza de otros Estados, con instancias internacionales pertinentes y con las instituciones adicionales públicas o privadas a que hubiere lugar”.

Artículo 34. Funciones de la Dirección General. Modifíquese el artículo 4º de la Ley 526 de 1999, “por medio de la cual se crea la Unidad de Información Análisis Financiero”, el cual quedará así:

“Artículo 4º. Funciones de la Dirección General. Las siguientes serán las funciones generales de la Dirección General:

1. Participar en la formulación de las políticas para la prevención, detección, y lucha contra el lavado de activos, la financiación del terrorismo, el contrabando y el fraude aduanero en todas sus manifestaciones.
2. Centralizar, sistematizar y analizar la información suministrada por quienes están obligados a cumplir con lo establecido en los artículos 102 a 107 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y sus normas remisorias y complementarias, las normas tributarias, aduaneras, cambiarias y demás información que conozcan las entidades del Estado y privadas que pueda resultar vinculada con operaciones de lavado de activos, de financiación del terrorismo, de contrabando o de fraude aduanero.
3. Coordinar el estudio por parte de la Unidad de nuevos sectores afectados o susceptibles de ser utilizados para el lavado de activos, la financiación del terrorismo, el contrabando o el fraude aduanero.
4. Comunicar a las autoridades competentes y a las entidades legitimadas para ejercitar la acción de extinción de dominio, cualquier información pertinente dentro del marco de la lucha integral contra el lavado de activos, la financiación del terrorismo, el contrabando, el fraude aduanero y las actividades que dan origen a la acción de extinción del dominio.

5. Apoyar a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales en la parametrización y desarrollo del sistema de gestión de riesgo para efectos de optimizar los controles aduaneros en relación con el contrabando y fraude aduanero.
 6. Velar por el adecuado funcionamiento de las bases de datos internas sobre operadores de comercio exterior donde consten los datos correspondientes a las operadores jurídicos que hayan sido o estén habilitados para ejercer las labores de comercio exterior, así como los de las personas naturales que ejercen labores de dirección, de representación legal o que sean socios o accionistas de las personas jurídicas.
 7. Velar por el adecuado funcionamiento de las bases de datos internas de importadores y exportadores donde consten los datos de los importadores, exportadores, usuarios de zonas francas, incluyendo los datos de las personas naturales que ejercen labores de dirección, de representación legal o que sean socios o accionistas de las personas jurídicas.
 8. Velar por el adecuado funcionamiento de las bases de datos internas de sanciones disciplinarias, penales y administrativas impuestas a personas naturales o jurídicas en relación con las conductas de fraude aduanero y contrabando.
 9. Solicitar a cualquier entidad pública o privada la información que considere necesaria para el cumplimiento de sus funciones, salvo la sujeta a reserva en poder de la Fiscalía General de la Nación.
 10. Celebrar dentro del ámbito de su competencia y de conformidad con las normas internas, convenios de cooperación con entidades de similar naturaleza de otros Estados, con instancias internacionales pertinentes y con las instituciones nacionales públicas o privadas a que hubiere lugar.
 11. Participar en las modificaciones de normas jurídicas a que haya lugar para el efectivo control del lavado de activos, de la financiación de terrorismo, del contrabando y del fraude aduanero.
 12. Rendir los informes que le soliciten los Ministros de Hacienda y Crédito Público y Justicia y del Derecho, en relación con el control al lavado de activos, la financiación del terrorismo, el contrabando y el fraude aduanero. En estos dos últimos casos se rendirán estos mismos informes a solicitud del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.
 13. Evaluar y decidir sobre la pertinencia de enviar a la Fiscalía General de la Nación y a las demás autoridades competentes, para su verificación, la información que conozca en desarrollo de su objeto.
- Las demás que le asigne el Gobierno nacional, de acuerdo con su naturaleza”.

Artículo 35. *Funciones de la Subdirección de Análisis Estratégico.* Modifíquese el artículo 6º de la Ley 526 de 1999, “por medio de la cual se crea la Unidad de Información y Análisis Financiero”, el cual quedará así:

“**Artículo 6º.** *Funciones de la Subdirección de Análisis Estratégico.* Las siguientes serán las funciones generales de la Subdirección de Análisis Estratégico:

1. Apoyar a la Dirección General en la definición de las políticas de la Unidad.
2. Realizar los estudios necesarios para mantener actualizada la Unidad sobre las prácticas, técnicas y tipologías utilizadas para el lavado de activos, la financiación del terrorismo, el contrabando y el fraude aduanero en los diferentes sectores de la economía,

así como la identificación de los perfiles de los presuntos responsables de estas actividades.

3. Sugerir a la Dirección General la inclusión de información de nuevos sectores de la economía a la Unidad.
4. Diseñar y someter a consideración de la Dirección General nuevos sistemas de control, instrumentos de reporte o ajustes a los existentes para optimizar la calidad de la información a recaudar.
5. Preparar para la Dirección General, propuestas de ajustes a las normas, reglamentos e instructivos necesarios para el cumplimiento del objeto de la Unidad.
6. Preparar los convenios de cooperación con las entidades de similar naturaleza en otros países y con las instituciones nacionales públicas o privadas a que hubiere lugar.
7. Apoyar a las entidades que tengan competencias en materia de lucha contra el contrabando y contra el fraude aduanero en la parametrización y desarrollo del sistema de gestión de riesgo a través del desarrollo de mapas de riesgo de estos fenómenos.
8. Diseñar y preparar propuestas estratégicas interinstitucionales que presentará la entidad ante la Comisión de Coordinación Interinstitucional para el Control de Lavado de Activos para lo de su competencia.
9. Las demás que le sean asignadas por la Dirección General”.

Artículo 36. *Funciones de la Subdirección de Análisis de Operaciones.* Modifíquese el artículo 7º de la Ley 526 de 1999, “por medio de la cual se crea la Unidad de Información y Análisis Financiero”, el cual quedará así:

“**Artículo 7º.** *Funciones de la Subdirección de Análisis de Operaciones.* Las siguientes serán las funciones generales de la Subdirección de Análisis de Operaciones:

1. Recolectar, integrar y analizar la información de que tenga conocimiento la Unidad.
2. Realizar los análisis de operaciones inusuales o sospechosas que conozca incluyendo las conductas constitutivas de lavado de activos, financiación de terrorismo, contrabando y fraude aduanero.
3. Preparar los informes acerca de posibles casos de lavado de activos, financiación del terrorismo, contrabando y fraude aduanero detectados, y presentarlos a la Dirección General para su consideración, de acuerdo con los flujos de información recibidos y los análisis que desarrolle.
4. Preparar los instructivos necesarios para el reporte de información de interés para la Unidad.
5. Preparar los instructivos, resoluciones y circulares necesarios para el cumplimiento del objeto de la Unidad.
6. Centralizar en bases de datos internas la información correspondiente a operadores de comercio exterior donde consten los datos correspondientes a los operadores jurídicos que hayan sido o estén habilitados para ejercer las labores de comercio exterior, así como los de las personas naturales que ejercen labores de dirección, de representación legal o que sean socios o accionistas de las personas jurídicas. Esta base de datos se alimentará de la información existente en entidades que posean información de similar naturaleza.

7. Centralizar en bases de datos internas la información correspondiente a importadores y exportadores donde consten los datos de los importadores, exportadores, incluyendo los datos de las personas naturales que ejercen labores de dirección, de representación legal o que sean socios o accionistas de las personas jurídicas. Esta base de datos se alimentará de la información existente en entidades que posean información de similar naturaleza.
8. Centralizar en bases de datos internas la información correspondiente a sanciones disciplinarias, penales y administrativas impuestas a personas naturales o jurídicas en relación con las conductas de que trata el numeral 2 del presente artículo.
9. Ordenar y coordinar las labores de inteligencia que permitan identificar las conductas de que trata el numeral 2 del presente artículo.
10. Ordenar y coordinar las labores de inteligencia que resulten indispensables para el cumplimiento de los demás objetivos misionales de la entidad, previstas en la ley.
1. Cooperar y servir de enlace con las unidades contra el lavado de activos, contra la financiación del terrorismo, y anticontrabando existentes o con las dependencias que desarrollan esta función en las entidades nacionales. Interactuar con los sectores que puedan estar involucrados en el tema de la prevención y control al lavado de activos y la financiación del terrorismo, así como en materia de ilegalidad en operaciones de comercio exterior.
12. Desarrollar los convenios de intercambio de información celebrados con las unidades de similar naturaleza del exterior, con las instancias internacionales pertinentes y con las instituciones nacionales públicas o privadas a que hubiere lugar.
13. Las demás que sean asignadas por la Dirección General”.

Artículo 37. *Informe en materia de defensa jurídica.* El Director General de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y el Director de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado presentarán al Gobierno un informe anual acerca de las acciones judiciales que se están adelantando en materia de procesos judiciales tanto a nivel nacional como internacional en relación con la problemática de contrabando y el fraude aduanero, incluyendo las recomendaciones para optimizar la eficacia de la gestión jurídica adelantada por las entidades. En materia de controversias respecto de los acuerdos de comercio internacional el Ministro de Comercio, Industria y Turismo y el Director General de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales presentarán al Gobierno un informe anual sobre dichos procesos, cuando estén relacionados con la problemática del contrabando y el fraude aduanero.

De dicho informe se enviará copia a la Fiscalía General de la Nación, para lo de su competencia.

Artículo 38. *Adquisición de equipos tecnológicos para el fortalecimiento de la lucha contra el contrabando.* Dentro de los doce (12) meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley, el Gobierno estructurará un plan de adquisiciones, reposiciones y/o arrendamientos, de equipos tecnológicos para fortalecer el control de las autoridades aduaneras en las zonas aduaneras a nivel nacional y de las distintas autoridades competentes en el control del contrabando. Para ello, el Gobierno estructurará un plan de corto plazo que contenga a su vez un plan de reposición

tecnológica a mediano plazo, procurando la consecución de recursos para estos efectos, en el marco de la ley orgánica de presupuesto. La financiación del plan de adquisición y reposición de estos equipos y de sus respectivas plataformas tecnológicas podrá incluir la disposición de hasta un cincuenta (50%) por ciento de un componente variable derivado de las garantías que se hagan efectivas, así como de las multas impuestas en razón de la potestad sancionatoria en materia aduanera.

Artículo 39. *Plan de fortalecimiento de laboratorios técnicos.* Dentro de los doce (12) meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley y semestralmente con posterioridad a ese término, el Director de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, el Gerente General del Instituto Colombiano Agropecuario y el Director General del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos presentarán ante la Comisión Intersectorial de la Calidad un informe de diagnóstico sobre el estado de los laboratorios técnicos utilizados para el control directo o indirecto del contrabando en sus correspondientes ámbitos de competencia y una propuesta de fortalecimiento de la capacidad operativa instalada para su optimización.

La Comisión Intersectorial de Calidad elaborará un plan de fortalecimiento de los laboratorios técnicos, teniendo como referente los insumos suministrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, la Policía Nacional, el Instituto Colombiano Agropecuario y el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos. El plan deberá incluir las necesidades técnicas y financieras para garantizar su ejecución, al igual que la formulación de políticas de largo plazo en esta materia.

Artículo 40. *Fortalecimiento de laboratorios.* Dentro de los doce (12) meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley, el Gobierno nacional, a través de la Comisión intersectorial de la Calidad, realizará un estudio de diagnóstico y análisis de la infraestructura de laboratorios que sirvan como referente para realizar las pruebas técnicas requeridas en los procesos contra el contrabando. Este estudio deberá determinar cuáles son las necesidades de inversión en materia de infraestructura de la calidad requeridas para atender las necesidades de pruebas técnicas. Los laboratorios objeto del plan de fortalecimiento deberán ser laboratorios acreditados para garantizar su competencia técnica. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con base en el estudio suministrado por la Comisión Intersectorial de la Calidad y bajo el marco de la ley orgánica de presupuesto podrá incorporar los recursos correspondientes para fortalecer la infraestructura requerida según las necesidades identificadas por el estudio técnico.

Artículo 41. *Pruebas técnicas.* La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, el Instituto Colombiano Agropecuario, el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos y la Superintendencia de Industria y Comercio para desarrollar los ensayos, pruebas y certificaciones técnicas requeridas dentro de los procesos administrativos adelantados por estas entidades, podrán acudir a los organismos de evaluación de la conformidad que estén acreditados.

Los costos de estas pruebas técnicas serán asumidos por el particular propietario, tenedor, poseedor, importador o declarante de los bienes objeto de la prueba técnica.

La validez de estas pruebas o certificados estará sujeta al cumplimiento de estándares técnicos basados en normas técnicas o reglamentos técnicos, según el caso, en el marco del Subsistema Nacional de la Calidad.

Artículo 42. *Suscripción de protocolos para la cooperación eficaz e intercambio de información interinstitucional.* A partir de la entrada en vigencia de la presente ley, la Fiscalía General de la Nación, el Instituto Colombiano Agropecuario, el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, la Superintendencia de Industria y Comercio, la Policía Nacional y las secretarías de Salud departamentales, municipales y del Distrito Capital, tendrán un plazo máximo de ocho (8) meses para elaborar protocolos de cooperación eficaz mediante la articulación de procedimientos, protocolos para el aseguramiento de elementos materiales probatorios o evidencia física y mecanismos de intercambio de información entre ellas, que permitan optimizar los recursos para los operativos de inspección y control, las investigaciones administrativas y las investigaciones penales, salvo la información prevista en los tratados de intercambio de información tributaria los cuales se someterán a las disposiciones previstas en dichos convenios.

Los protocolos deberán construirse sobre la base de la optimización de resultados a nivel general, y el principio de eficacia y eficiencia.

Parágrafo. Los protocolos de control conjunto tendrán en cuenta la necesidad de prever posibles fenómenos de delitos contra la administración pública y corrupción privada que faciliten el contrabando y el fraude aduanero.

Artículo 43. *Obligación de reportar estado de investigaciones.* La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y la Superintendencia de Industria y Comercio presentarán un informe trimestral a la Unidad de Información y Análisis Financiero donde conste una relación de las investigaciones que adelante cada una de las entidades en relación con los temas de competencia de la Unidad de Información y Análisis Financiero, incluyendo las novedades relacionadas con terminación de los respectivos procesos.

Para efectos de lo aquí dispuesto, la Unidad de Información y Análisis Financiero acordará con cada una de las entidades el formato de reporte de la información, la cual deberá alimentar los registros y bases de datos que constan en la entidad, así como estructurar las medidas para acceder a esta información en tiempo real. El reporte deberá construirse con fundamento en los principios de eficiencia y seguridad de la información, lo que implicará no duplicar información ya reportada.

Parágrafo transitorio. Las entidades de que trata el presente artículo gozarán de un término máximo de tres (3) meses contados a partir de la entrada en vigencia de la presente ley para suscribir con la Unidad de Información y Análisis Financiero un convenio o protocolo para hacer efectivas las obligaciones contenidas en el presente artículo.

Capítulo V

Disposiciones varias

Artículo 44. *Cooperación internacional en materia de contrabando en el marco de acuerdos comerciales.* En el marco de las negociaciones que emprenda el Gobierno con terceros Estados en materia de comercio exterior, incluyendo la concertación o reforma de tratados bilaterales o multilaterales de libre comercio, el Gobierno procurará introducir cláusulas, disciplinas o capítulos relacionados con la cooperación internacional y prevención del contrabando y el fraude aduanero en sus diversas modalidades, así como mecanismos para su ejecución efectiva.

Para efectos de lo dispuesto en este artículo, el Gobierno propenderá por la ampliación y fortalecimiento de mecanismos de cooperación internacional de naturaleza judicial y administrativa y el intercambio efectivo de información en materia de comercio exterior entre los Estados. Para estos efectos, según la conveniencia para cada caso, los acuerdos permitirán el intercambio directo de información por las entidades administrativas con funciones de control aduanero y las entidades que desarrollan labores de inteligencia, con sus homólogas en el extranjero, salvo la información prevista en los tratados de intercambio de información tributaria los cuales se someterán a las disposiciones previstas en dichos convenios.

Artículo 45. *Cooperación Internacional en materia de contrabando con países de alto riesgo.* El Estado colombiano procurará suscribir con países de alto riesgo acuerdos específicos en materia de cooperación, en materia aduanera y en materia judicial para la prevención del contrabando, el fraude aduanero, el favorecimiento del contrabando y demás actividades conexas. Los mencionados acuerdos deberán incluir mecanismos de levantamiento de reserva de información y los procedimientos jurídicos que deberán seguirse para estos efectos.

Artículo 46. *Informe anual.* Todos los años, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al inicio de cada legislatura, el Consejo Superior de Política Criminal enviará un informe cualitativo y estadístico dirigido a la Presidencia de las comisiones primeras y segundas de Senado y Cámara, sobre la evolución en materia de criminalidad económica relacionada con el comercio exterior, incluyendo las recomendaciones que en materia de política criminal se hacen al Congreso de la República en materia legislativa, administrativa y jurisdiccional. Copia de ese informe se allegará a la Comisión de Coordinación Interinstitucional de Control de Lavado de Activos para tomar las determinaciones de su competencia.

Artículo 47. *Modelos de trazabilidad.* El Gobierno, a través de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales desarrollará un modelo de trazabilidad en materia de operaciones aduaneras de productos sensibles que permita establecer y llevar un control organizado, cuando menos, de lo siguiente:

- a) País de origen de la mercancía;
- b) País de procedencia de la mercancía;
- e) (Sic) Países por los que transitó la mercancía con anterioridad al ingreso al territorio nacional;
- d) País de destino de la mercancía, cuando sea diferente a Colombia;

- e) Datos de identificación de la persona jurídica o natural que despachó la mercancía hacia Colombia, en el evento de las importaciones;
- f) Datos de identificación de la persona jurídica o natural que recibió la mercancía que se despachó hacia Colombia, en el evento de las importaciones;
- g) Datos de identificación de la persona jurídica o natural a la cual se despachó la mercancía desde Colombia, en el evento de las exportaciones o reexpediciones;
- h) Datos de identificación de la persona jurídica o natural la cual despachó la mercancía desde Colombia, en el evento de las exportaciones o reexpediciones;
- i) Datos de la compañía o compañías transportadoras responsables del traslado de la mercancía desde el lugar de despacho hasta el lugar de destino;
- j) Registro de los datos de facturación que soportan la transacción mercantil;
- k) Registro de la forma de pago de las transacciones comerciales, y su monto específico.

El Gobierno reglamentará la materia y definirá cuáles son los productos sensibles de que trata este artículo a más tardar dentro de los seis (6) meses de entrada en vigencia de la presente ley, definición que deberá ser dinámica y por lo tanto podrá ser variada en la medida en que la realidad del comercio exterior vaya cambiando. En todo caso, la determinación de los bienes sensibles atenderá los compromisos comerciales vigentes adquiridos por Colombia en el exterior, y guardará recíproca correspondencia con los criterios de gestión de riesgo adoptados en materia de control aduanero.

Parágrafo. Atendiendo que el control de fronteras, en sus diversos aspectos, constituyen unas circunstancias de defensa y seguridad nacional, seguridad pública y de las relaciones internacionales, de conformidad con el artículo 19 de la Ley 1712 de 2014 el Gobierno velará porque se mantenga bajo estricta reserva la información de que trata el presente artículo.

Asimismo, con el fin de evitar el abuso del derecho y el fraude a la ley, el Gobierno creará e implementará por medio de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y con cargo a su presupuesto, los instrumentos administrativos y tecnológicos necesarios para realizar un seguimiento detallado del volumen, valor y tipo de productos ingresados al territorio aduanero nacional en calidad de bienes destinados a la canasta familiar por quienes invocan los privilegios propios de convenios, protocolos o normas que establecen ese régimen especial en beneficio de los pobladores de algunos municipios fronterizos, buscando con ello: (i) facilitar la individualización y sanción de quienes, con el fin de eludir el pago de tributos aduaneros, realizan el ingreso de mercancías al amparo de los regímenes especiales de compra transfronteriza de bienes de canasta básica, y (ii) facilitar el perfilamiento de riesgo por individuo y medio de transporte utilizado.

Artículo 48. *Controles de frecuencias de ingresos de mercancías.* El Gobierno nacional, dentro de los seis (6) meses siguientes a la expedición de la presente ley y dentro de las funciones de control aduanero previstas por la ley y normas

reglamentarias, establecerá límites en materia de frecuencias y cupos máximos periódicos para la introducción de mercancías realizada por habitantes de municipios fronterizos al territorio aduanero nacional.

En el evento en que se demuestre la existencia de ingresos continuos y sistemáticos que superen las frecuencias previstas en los controles de que trata el inciso anterior, la autoridad aduanera adoptará las medidas adecuadas de conformidad con el perfilamiento de riesgo por individuo, y procederá a aplicar las normas previstas por el Estatuto Aduanero para efectos de investigar y eventualmente sancionar estas conductas.

Igualmente deberá valorar la posible comisión de una conducta de contrabando fraccionado con unidad de diseño debiendo compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación para lo de su competencia.

Artículo 49. *Protocolos y convenios de trabajo conjunto.* La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, el Ministerio de Defensa, la Policía Nacional, y la Fiscalía General de la Nación, establecerán protocolos de traslado de elementos materiales probatorios o de información, según el caso, de forma que se puedan garantizar los derechos fundamentales de los asociados y la cadena de custodia de la evidencia recolectada en el trámite administrativo de procedimientos relacionados con contrabando y las demás infracciones aduaneras que pudieran ser constitutivas de delitos previstos por el Código Penal, incluyendo delitos conexos como narcotráfico, lavado de activos y concierto para delinquir, u otras actividades de la delincuencia organizada. Las entidades mencionadas dispondrán de un plazo de seis (6) meses contados a partir de la entrada en vigencia de la presente ley para suscribir los protocolos de traslado de elementos materiales probatorios acá mencionados.

La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales acordará con la Fiscalía General de la Nación la línea de protocolos de conducta a seguir por funcionarios de ambas entidades para efectos de adelantar avalúos que se requieran para efectos procesales penales, garantizando la disponibilidad de infraestructura y de personal para estos efectos.

Artículo 50. *Inmovilización de equipos.* Modifíquese el literal g) del artículo 49 de la Ley 336 de 1996, así:

“**Artículo 49.** (...)”

g) Cuando se detecte que el equipo es utilizado para el transporte de mercancías presuntamente de contrabando. En estos eventos, surtida la inmovilización se deberá dejar el equipo a disposición de la administración aduanera para que adelante los procedimientos de su competencia”.

Artículo 51. *Extensión de normas de aprehensión y decomiso a medios de transporte.* El medio de transporte en el que se haya encontrado mercancía objeto de aprehensión por causales previstas en el Estatuto Aduanero, será igualmente objeto de esta aprehensión y decomiso, de conformidad con estas mismas causales y conforme a los procedimientos previstos por la normatividad aduanera, siempre que la cuantía de

las mercancías permitan la adecuación de la conducta al delito de contrabando o contrabando de hidrocarburos; o cuando el medio de transporte ha sido especialmente construido, adaptado, modificado o adecuado de alguna manera con el propósito de ocultar mercancías.

Artículo 52. *Presunción de riesgo a la salud y al ambiente de ciertos productos.* Se presume el riesgo de afectación a la salud, al ambiente y del estatus sanitario del territorio nacional como consecuencia directa del ingreso ilegal al país de productos agropecuarios, como animales, vegetales y sus productos, medicamentos, químicos, productos eléctricos incluidos en el reglamento técnico de instalaciones eléctricas o en el reglamento técnico de iluminación y alumbrado público y demás productos de consumo humano que puedan afectar la salud y al ambiente según conste en reglamentación que expida el Gobierno nacional en este último caso. La presunción de que trata este artículo se valorará en el marco de las investigaciones administrativas que adelanten las autoridades nacionales o territoriales en materia sanitaria y en todo caso admitirá prueba en contrario.

Parágrafo 1º. El Instituto Colombiano Agropecuario, el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos o la autoridad sanitaria competente en cada departamento, deberá emitir el concepto sanitario o zosanitario, en un término máximo de siete (7) días hábiles contados a partir de la solicitud efectuada por las autoridades nacionales, departamentales o municipales. La solicitud deberá presentarse a más tardar dentro de los tres (3) días siguientes a la aprehensión o decomiso de las mercancías citadas en el presente artículo, con el fin de determinar si estas deben ser destruidas o son aptas para el consumo humano. Cuando se requiera un término más amplio para la emisión del concepto, dichas entidades informarán a la autoridad solicitante el plazo necesario para cumplimiento a lo previsto en este parágrafo.

Parágrafo 2º. El Instituto Colombiano Agropecuario, el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos o la autoridad sanitaria competente en cada departamento, de considerarlo procedente, podrá ordenar medidas sanitarias o fitosanitarias sobre aquellos productos que hayan estado en contacto directo con los ingresados ilegalmente al territorio nacional.

Artículo 53. *Destinación de los bienes aprehendidos y decomisados.* Cuando la mercancía aprehendida o decomisada se encuentre relacionada con alguna conducta punible, la autoridad que haya proferido el acto administrativo que ordena la aprehensión o decomiso, deberá comunicar inmediatamente a la Fiscalía General de la Nación para que en un plazo no superior a cuatro (4) meses desde que avoque conocimiento, ordene la recolección de los elementos materiales probatorios y evidencia física que requiera y libere la facultad dispositiva de la mercancía.

Si vencido el plazo anteriormente establecido, no se ha realizado la toma de muestras o registros pertinentes por parte de la Fiscalía General de la Nación, la misma será realizada dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del término a que se refiere el inciso anterior, por la Dirección de Gestión de Policía Fiscal y Aduanera o los

funcionarios con facultades de policía judicial de la autoridad que ordena la aprehensión o decomiso que se encuentran capacitados para emitir experticio técnico o dictámenes.

Las muestras que se definan como elementos materiales probatorios y evidencia física recolectada serán dispuestas conforme a los protocolos respectivos de la Fiscalía General de la Nación, y serán custodiadas en los almacenes de evidencia correspondiente, y los remanentes deberán ser dispuestos por la autoridad que haya proferido la orden de aprehensión o decomiso.

Parágrafo 1º. Las mercancías sujetas al impuesto al consumo que sean objeto de decomiso deberán ser destruidas por la entidad competente nacional, departamental o del Distrito Capital una vez quede en firme la decisión administrativa que determine la aplicación de esta medida.

Parágrafo 2º. En los términos que defina el Estatuto Aduanero, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales podrá donar las mercancías aprehendidas, decomisadas o abandonadas a favor de la nación, a las entidades públicas del orden nacional, departamental, municipal, a la Fuerza Pública y organizaciones no gubernamentales sin ánimo de lucro, encargadas de programas de salud, educación, seguridad pública, seguridad alimentaria, prevención y atención de desastres.

Parágrafo Transitorio. Para aquellas mercancías aprehendidas y decomisadas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales que a la fecha de expedición de la presente ley se encuentren con cadena de custodia, se autoriza a la Fiscalía General de la Nación, para que en un plazo no superior a seis (6) meses, a la entrada en vigencia de la presente ley, tome los elementos materiales probatorios y evidencia física que requiera. Vencido este plazo, corresponderá a la Dirección de Gestión de Policía Fiscal y Aduanera o los funcionarios con facultades de policía judicial que se encuentren capacitados para emitir experticio técnico o dictámenes de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales la toma de muestras o registros pertinentes, dentro de los dos (2) meses siguientes.

Artículo 54. De conformidad con lo que se defina en el reglamento, el Invima y el ICA, dentro del desarrollo de sus actividades, podrán permitir la participación del observador de operaciones de importación, en las diligencias de inspección física o documental, previas al levante de las mercancías de origen agropecuario.

Para el efecto deberá presentarse la resolución emitida por la DIAN que lo acredite como tal, ante las autoridades sanitarias que desarrollen la actividad de inspección. Quienes participen en la diligencia deberán guardar la debida reserva de la información a la que tengan acceso.

Los costos derivados serán asumidos por los particulares.

Artículo 55. Para efectos de la aplicación de la presente ley, el sector privado, incluyendo comerciantes agremiados, podrán solicitar al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, mesas de trabajo para capacitación, socialización de las normas aquí previstas y la

implementación de herramientas encaminadas al intercambio de información y eliminación de barreras del comercio que incentiva el contrabando.

Artículo 56. *Vigencia y derogatoria.* La presente ley entrará en vigencia a partir de la fecha de su promulgación, y deroga el artículo 447-A de la Ley 599 de 2000 y todas aquellas disposiciones que le sean contrarias.

Ley 1765, de 23 de julio de 2015,

por la cual se reestructura la Justicia Penal Militar y Policial, se establecen requisitos para el desempeño de sus cargos, se implementa su Fiscalía General Penal Militar y Policial, se organiza su cuerpo técnico de investigación, se señalan disposiciones sobre competencia para el tránsito al sistema penal acusatorio y para garantizar su plena operatividad en la Jurisdicción Especializada y se dictan otras disposiciones.

EL CONGRESO DE COLOMBIA

Decreta:

TÍTULO I.

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA PENAL MILITAR Y POLICIAL.

CAPÍTULO ÚNICO.

PRINCIPIOS Y ÁMBITO DE APLICACIÓN.

Artículo 1o. Principios de la administración de justicia. Las normas y principios rectores de la administración de justicia prevalecen y serán de obligatoria aplicación en la Jurisdicción Penal Militar y Policial.

Artículo 2o. Ámbito de aplicación. La presente ley se aplicará en lo pertinente, a los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro, así como al personal civil o no uniformado que desempeñe cargos en la Justicia Penal Militar y Policial.

Los artículos que modifican, adicionan o derogan disposiciones de carácter penal militar, se aplicarán exclusivamente a miembros de la Fuerza Pública en los términos del artículo 221 de la Constitución Política. En ningún caso se aplicarán a los civiles.

TÍTULO II.

ESTRUCTURA DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR Y POLICIAL.

CAPÍTULO 1.

INTEGRACIÓN.

Artículo 3o. Integración. La Justicia Penal Militar y Policial estará integrada por:
Órganos Jurisdiccionales y de Investigación

1. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal.
2. Tribunal Superior Militar y Policial.
3. Jueces Penales Militares y Policiales de Conocimiento Especializado y de Conocimiento.
4. Jueces Penales Militares y Policiales de Control de Garantías.

5. Jueces Penales Militares y Policiales de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

6. Fiscalía General Penal Militar y Policial y Cuerpo Técnico de Investigación.

Órganos de Dirección y Administración de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial, de que trata la presente ley:

1. Consejo Directivo.

2. Director Ejecutivo.

CAPÍTULO II.

ÓRGANOS JURISDICCIONALES.

Artículo 4o. Corte Suprema de Justicia. La Corte Suprema de Justicia ejerce sus funciones en la Justicia Penal Militar y Policial a través de la Sala de Casación Penal, según sus competencias constitucionales y legales.

Artículo 5o. Tribunal Superior Militar y Policial. Sede e integración. El Tribunal Superior Militar y Policial tendrá su sede en Bogotá, D. C., y estará conformado por Magistrados que integrarán salas de decisión militar, policial o mixtas que ejercerán la función jurisdiccional. El Tribunal o sus salas de decisión podrán sesionar en cualquier lugar del país. Las Salas de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial estarán integradas por tres Magistrados cada una, presidida por el ponente respectivo.

Las Salas de Decisión contarán con representación de cada una de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en los términos que establezca el reglamento interno de la Corporación.

Además de las Salas de Decisión, al interior del Tribunal funcionarán la Sala Plena, la Sala de Gobierno, la secretaría, la relatoría y el personal subalterno. Las Salas Plena y de Gobierno siempre serán presididas por el Presidente de la corporación o en ausencia temporal de este por el Vicepresidente.

El Tribunal tendrá un Presidente que lo presidirá y un Vicepresidente que lo reemplazará en sus ausencias temporales. El Presidente, el Vicepresidente y la Sala de Gobierno, serán elegidos por la Sala Plena del Tribunal.

Artículo 6o. Adicionase el artículo 203 de la Ley 1407 de 2010 con el siguiente párrafo:

“Artículo 203 (...)

Parágrafo. Cuando sobre un mismo asunto existan discrepancias entre diferentes salas de decisión, la Sala Plena del Tribunal se constituirá en Sala Única de Decisión asumiendo la función jurisdiccional a efectos de unificar el criterio, conforme al procedimiento que disponga el reglamento interno de la corporación”.

Artículo 7o. Juzgados Penales Militares y Policiales de Conocimiento Especializado y de Conocimiento. Créanse los Juzgados Penales Militares y Policiales

de conocimiento especializado y de conocimiento, que conocerán de los delitos a que hace referencia la presente ley. Estos, tendrán jurisdicción en todo el territorio nacional.

Las Fuerzas Militares y la Policía Nacional contarán con el número de juzgados necesarios que les permita garantizar la pronta y efectiva administración de justicia, cuyos titulares serán miembros activos o retirados de la respectiva Fuerza.

Parágrafo. La competencia territorial de cada despacho se definirá por acto administrativo emitido por la Dirección Ejecutiva de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial.

Artículo 8o. De los Juzgados Penales Militares y Policiales de Conocimiento Especializado. Los Juzgados Penales Militares y Policiales de conocimiento especializado continuarán conociendo de los delitos previstos en los artículos 20 y 171 de la Ley 1407 de 2010, pero de conformidad con la nueva asignación de competencia que aquí se prevé así:

1. Homicidio.
2. Delitos contra la protección de la información y de los datos.
3. Delitos contra la fe pública.
4. Delitos contra la administración pública, con excepción de los delitos de peculado sobre bienes de dotación, peculado culposo, abuso de autoridad, abuso de autoridad especial y omisión de apoyo.
5. Delitos contra la seguridad pública.
6. Delitos contra la seguridad de la Fuerza Pública.
7. Delitos contra la población civil.
8. Delitos contra la existencia y la seguridad del Estado.
9. Delitos que no tengan asignación especial de competencia, siempre y cuando su pena mínima sea superior a tres (3) años de prisión.

Artículo 9o. De los Juzgados Penales Militares y Policiales de Conocimiento. Los Juzgados Penales Militares y Policiales de Conocimiento, continuarán conociendo de los delitos previstos en los artículos 20 y 171 de la Ley 1407 de 2010, pero de conformidad con la nueva asignación de competencia que aquí se prevé, así:

1. Delitos contra la disciplina.
2. Delitos contra el servicio.
3. Delitos contra los intereses de la Fuerza Pública.
4. Delitos contra el honor.
5. Lesiones personales.
6. Delitos contra el patrimonio económico.

7. De los siguientes delitos contra la administración pública: delitos de peculado sobre bienes de dotación, peculado culposo, abuso de autoridad, abuso de autoridad especial y omisión de apoyo.

8. Delitos que no tengan asignación especial de competencia, siempre y cuando su pena mínima sea igual o inferior a tres (3) años de prisión.

Artículo 10. Concurrencia de jueces. Cuando se presente concurrencia entre un Juez Penal Militar y Policial de Conocimiento Especializado y un Juez Penal Militar y Policial de Conocimiento, en razón de los factores en que estriba la competencia, será competente el primero de estos.

TÍTULO III.

REQUISITOS PARA EL DESEMPEÑO DE CARGOS EN LA JUSTICIA PENAL MILITAR Y POLICIAL.

CAPÍTULO I.

REQUISITOS GENERALES.

Artículo 11. Requisitos generales. Para acceder a los cargos de Magistrado del Tribunal Superior Militar y Policial, Juez Penal Militar y Policial de Conocimiento Especializado, Juez Penal Militar y Policial de Conocimiento, Juez Penal Militar y Policial de Control de Garantías y Juez Penal Militar y Policial de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad se requiere acreditar como requisitos generales los siguientes:

1. Ser colombiano por nacimiento y ciudadano en ejercicio.
2. Ser oficial en servicio activo o en retiro de la Fuerza Pública.
3. Acreditar título profesional de abogado.

4. Tener título de posgrado en una de las siguientes áreas: ciencias penales y criminológicas, derecho Penal Militar o Policial, criminalística, derecho constitucional, derechos humanos, derecho internacional humanitario, derecho probatorio, derecho procesal penal o derecho operacional.

Parágrafo 1o. No obstante lo dispuesto en este artículo, los cargos de Juez Penal Militar y Policial de Control de Garantías y Juez Penal Militar y Policial de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad podrán ser desempeñados por civiles y no uniformados, siempre que acrediten los demás requisitos para el desempeño del cargo.

Parágrafo 2o. Su selección será por meritocracia mediante evaluación de sus competencias por el Departamento Administrativo de la Función Pública (DAFP), la Escuela de Administración Pública (ESAP), o cualquier otra entidad que pueda adelantar dicha evaluación.

Artículo 12. Inhabilidades. No podrán desempeñar los cargos señalados en el artículo anterior:

1. Quien haya sido condenado penalmente en cualquier tiempo, excepto por delitos culposos.

2. Quien se halle en interdicción judicial.
3. Quien se encuentre bajo medida de aseguramiento que implique la privación de la libertad.
4. Quien haya sido excluido de la profesión de abogado o esté suspendido.
5. Quien haya sido destituido en cualquier tiempo de un cargo público.
6. Las demás que establezca la Constitución y la ley.

Artículo 13. Faltas absolutas y temporales. Son faltas absolutas la muerte real o presunta, la renuncia aceptada, la separación definitiva del cargo ordenada por sentencia judicial debidamente ejecutoriada, la destitución o separación como consecuencia de un proceso disciplinario, la incapacidad física o mental permanente una vez se reconozca la pensión de invalidez en el caso de los civiles, por invalidez e incapacidad absoluta y permanente o gran invalidez en el caso de los uniformados, la declaratoria de vacancia del empleo en caso de abandono del mismo o inasistencia al servicio sin causa justificada, la edad de retiro forzoso, el vencimiento del periodo y las demás que determine la Constitución Política y la ley.

Son faltas temporales las licencias, las incapacidades por enfermedad, la suspensión por medida penal o disciplinaria, los permisos y vacaciones y las demás que determine la Constitución Política y la Ley.

CAPÍTULO II.

REQUISITOS ESPECIALES.

Artículo 14. Magistrados del Tribunal Superior Militar y Policial. Para ser Magistrado del Tribunal Superior Militar y Policial será necesario, además de los requisitos generales consignados en la presente ley, ostentar grado no inferior a Teniente Coronel o Capitán de Fragata en servicio activo o en uso de buen retiro de la Fuerza Pública y acreditar una experiencia mínima de ocho (8) años en el desempeño de cargos como funcionario judicial en la Justicia Penal Militar y Policial.

Artículo 15. Cargos de período. Los cargos de Magistrado del Tribunal Superior Militar y Policial serán provistos por el Presidente de la República para un período fijo e individual, de ocho (8) años no prorrogable, de lista de candidatos conformada por miembros activos o en uso de buen retiro de la Fuerza Pública que cumplan los requisitos generales y especiales establecidos en esta ley. El procedimiento para conformar la lista será reglamentado por el Gobierno nacional.

Los Magistrados del Tribunal Superior Militar y Policial no son reelegibles y permanecerán en sus cargos durante todo el período, salvo que antes de su vencimiento incurran en una falta absoluta. Los uniformados que sean designados para ocupar estos cargos, permanecerán en servicio activo hasta concluir el periodo.

Parágrafo Transitorio. Los Magistrados del Tribunal Superior Militar nombrados en vigencia de la Ley 940 de 2005, continuarán en sus cargos hasta cuando

cumplan el período para el cual fueron nombrados, con la denominación de Magistrados del Tribunal Superior Militar y Policial.

Artículo 16. Jueces de Conocimiento. Para desempeñar el cargo de Juez Penal Militar y Policial de Conocimiento Especializado y Juez Penal Militar y Policial de Conocimiento, se requiere además de los requisitos generales consignados en la presente ley, ostentar el grado que en cada caso se indica y la experiencia señalada, así:

1. Juez Penal Militar y Policial de Conocimiento Especializado. Para desempeñar el cargo de Juez Penal Militar y Policial de Conocimiento Especializado se requiere ostentar grado no inferior al de Oficial Superior en servicio activo o en uso de buen retiro de la Fuerza Pública y acreditar una experiencia mínima de cinco (5) años, en el desempeño de cargos como funcionario en la Justicia Penal Militar y Policial.

2. Juez Penal Militar y Policial de Conocimiento. Para desempeñar el cargo de Juez Penal Militar y Policial de Conocimiento se requiere ostentar grado no inferior al de Capitán o Teniente de Navío en servicio activo o en uso de buen retiro de la Fuerza Pública y acreditar una experiencia mínima de cuatro (4) años en el desempeño de cargos como funcionario en la Justicia Penal Militar y Policial.

Artículo 17. Juez Penal Militar y Policial de Control de Garantías. Para desempeñar el cargo de Juez Penal Militar y Policial de Control de Garantías, se requiere además de los requisitos generales señalados en la presente ley, ostentar grado no inferior al de Oficial Superior en servicio activo o en uso de buen retiro de la Fuerza Pública y acreditar una experiencia mínima de cuatro (4) años en el desempeño de cargos como funcionario en la Justicia Penal Militar y Policial.

Parágrafo. Si este cargo es desempeñado por un civil o no uniformado con el fin de preservar la especialidad de la Justicia Penal Militar y Policial, este deberá tener como mínimo una experiencia profesional de ocho (8) años relacionada con derecho penal militar, salvo que acredite la experiencia mínima de cuatro (4) años en el desempeño de cargos como funcionario de la Justicia Penal Militar y Policial.

Artículo 18. Juez Penal Militar y Policial de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad. Para desempeñar el cargo de Juez Penal Militar y Policial de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad se requiere además de los requisitos generales señalados en la presente ley ostentar grado no inferior al de Capitán o Teniente de Navío en servicio activo o en uso de buen retiro de la Fuerza Pública y acreditar una experiencia mínima de dos (2) años en el desempeño de cargos como funcionario en la Justicia Penal Militar y Policial.

Parágrafo. Si el cargo es desempeñado por un civil o no uniformado, con el fin de preservar la especialidad de la Justicia Penal Militar y Policial, este deberá tener como mínimo una experiencia profesional de ocho (8) años relacionada con derecho penal militar, salvo que acredite la experiencia mínima de cuatro (4) años en el desempeño de cargos como funcionario de la Justicia Penal Militar y Policial.

TÍTULO IV.

FISCALÍA GENERAL PENAL MILITAR Y POLICIAL.

CAPÍTULO I.

ESTRUCTURA DE LA FISCALÍA GENERAL PENAL MILITAR Y POLICIAL.

Artículo 19. Estructura. Para el cumplimiento de las funciones legales, la Fiscalía General Penal Militar y Policial tendrá la siguiente estructura:

1. Fiscal General Penal Militar y Policial.
2. Fiscales Penales Militares y Policiales Delegados ante el Tribunal Superior Militar y Policial.
3. Fiscales Penales Militares y Policiales Delegados ante los Jueces Penales Militares y Policiales.
4. Coordinador Nacional del Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial.
5. Coordinadores Regionales del Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial.

CAPÍTULO II.

DESEMPEÑO DE FUNCIONES Y COMPETENCIA.

Artículo 20. Desempeño de funciones. Las funciones de la Fiscalía General Penal Militar y Policial se cumplen a través del Fiscal General Penal Militar y Policial, de los Fiscales Penales Militares y Policiales Delegados ante el Tribunal Superior Militar y Policial, de los Fiscales Penales Militares y Policiales Delegados ante los Jueces Penales Militares y Policiales y del Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial.

Los Fiscales Penales Militares y Policiales Delegados ante los Jueces Penales Militares y Policiales se ubicarán por la Dirección Ejecutiva de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial, atendiendo sus atribuciones y las necesidades judiciales presentadas por el Fiscal General Penal Militar y Policial.

Corresponde a la Fiscalía General Penal Militar y Policial, en desarrollo de atribuciones constitucionales y legales, la dirección, coordinación, control jurídico y verificación técnico-científica de las actividades que desarrolle la policía judicial en los términos previstos en el Código Penal Militar.

Artículo 21. Competencia. El Fiscal General Penal Militar y Policial, los Fiscales Penales Militares y Policiales Delegados ante el Tribunal Superior Militar y Policial y los Fiscales Penales Militares y Policiales Delegados, tienen competencia en todo el territorio nacional.

CAPÍTULO III.

FISCAL GENERAL PENAL MILITAR Y POLICIAL.

Artículo 22. Periodo. El Fiscal General Penal Militar y Policial será nombrado por el Presidente de la República, para un periodo institucional de cuatro (4) años no prorrogable, de lista de candidatos que cumplan los siguientes requisitos:

1. Ser colombiano por nacimiento y ciudadano en ejercicio.
2. Acreditar título profesional de abogado.
3. Tener título de posgrado en una de las siguientes áreas: ciencias penales y criminológicas, derecho Penal Militar o Policial, criminalística, derecho constitucional, derechos humanos, derecho internacional humanitario, derecho probatorio, derecho procesal penal o derecho operacional.
4. Acreditar una experiencia mínima de ocho (8) años como funcionario de la Justicia Penal Militar y Policial.
5. Ser oficial en servicio activo de la Fuerza Pública o en uso de buen retiro, con grado no inferior al de Teniente Coronel o Capitán de Fragata.

El procedimiento para conformar la lista será reglamentado por el Gobierno Nacional teniendo en cuenta la selección por meritocracia.

Parágrafo 1o. No obstante lo dispuesto en este artículo, el cargo de Fiscal General Penal Militar y Policial podrá ser desempeñado por un civil o no uniformado, siempre que acredite los requisitos 1 a 4 del presente artículo para el desempeño del cargo.

Parágrafo 2o. El Fiscal General Penal Militar y Policial no será reelegible, tendrá el mismo nivel jerárquico de Fiscal Delegado ante la Corte Suprema de Justicia y su sede estará en Bogotá, D. C.

Artículo 23. Funciones del Fiscal General Penal Militar y Policial. El Fiscal General Penal Militar y Policial tiene la representación de la Fiscalía General Penal Militar y Policial y además de las funciones especiales otorgadas por el Código Penal Militar, ejercerá las siguientes:

1. Asumir las investigaciones y formular las acusaciones que dispone el Código Penal Militar y aquellas que en razón de su naturaleza, importancia o gravedad, lo ameriten.
2. Coordinar dentro del ámbito de su competencia con la Dirección Ejecutiva de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial, la creación de unidades especializadas cuando la necesidad del servicio lo exija o la gravedad o complejidad del asunto lo requiera y asignar a ellas fiscales especiales.
3. Dirigir, coordinar y controlar el desarrollo de la función investigativa y acusatoria contra los presuntos infractores de la ley penal de conformidad con el ámbito de su competencia, directamente o a través de sus delegados, para lo cual deberá tener

en cuenta la especificidad dentro de lo militar o policial del miembro de la Fuerza Pública investigado.

4. Coordinar con otros organismos que ejerzan funciones de policía judicial, la definición e implementación de mecanismos que racionalicen y eviten la duplicidad de esfuerzos en el desarrollo de las investigaciones.

5. Hacer parte del Consejo Nacional de Policía Judicial, función que podrá delegar en el Coordinador Nacional del Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial.

6. Hacer parte del Consejo Superior de Política Criminal y Penitenciaria.

7. Crear comisiones especiales de fiscales delegados de conformidad con las atribuciones de estos, designando un coordinador, cuando la gravedad, importancia o trascendencia pública del hecho lo ameriten, para lo cual podrá desplazar del conocimiento al Fiscal Penal Militar y Policial Delegado. En este evento el fiscal coordinador de la comisión será quien actúe ante el Juez Penal Militar y Policial de Control de Garantías y ante el Juez Penal Militar y Policial de Conocimiento.

8. Elaborar el manual de funciones de la Fiscalía General Penal Militar y Policial y del Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial, para su respectivo trámite de adopción ante la Dirección Ejecutiva de la Unidad Administrativa Especial.

9. Proponer a la Dirección Ejecutiva de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial, la reglamentación de los Centros de Servicios Judiciales, dentro del ámbito de su competencia.

10. Expedir los reglamentos, órdenes, circulares y manuales de procedimiento y de normas técnicas conducentes al eficaz desempeño de la Fiscalía General Penal Militar y Policial y del Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial, en materias de su competencia.

11. Presentar al Director Ejecutivo de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial, las necesidades y requerimientos de la Fiscalía General Penal Militar y Policial y del Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial.

12. Ser el vocero de la Fiscalía General Penal Militar y Policial ante los estamentos del Estado y la sociedad.

13. Diseñar y coordinar con el Director Ejecutivo de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial, la implementación de un sistema de gestión y control de la Fiscalía General Penal Militar y Policial y del Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial.

14. Proponer a la Dirección Ejecutiva de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial, estímulos para los servidores de la Fiscalía General Penal Militar y Policial y del Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial.

15. Coordinar con el Director Ejecutivo de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial, el apoyo logístico requerido para el funcionamiento de la Fiscalía General Penal Militar y Policial y del Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial.

16. Adelantar las gestiones para lograr cooperación internacional en materia de investigación criminal con sus pares.

17. Las demás funciones que le señale la ley o los reglamentos.

Artículo 24. Inhabilidades. No podrá ejercer el cargo de Fiscal General Penal Militar y Policial, de Fiscales Penales Militares y Policiales Delegados ante el Tribunal Superior Militar y Policial, ni de Fiscales Penales Militares y Policiales Delegados ante los Jueces Penales Militares y Policiales:

1. Quien haya sido condenado penalmente en cualquier tiempo, excepto por delitos culposos.

2. Quien se halle en interdicción judicial.

3. Quien se encuentre bajo medida de aseguramiento que implique la privación de la libertad.

4. Quien haya sido excluido de la profesión de abogado o esté suspendido.

5. Quien haya sido destituido en cualquier tiempo de un cargo público.

6. Las demás que establezca la Constitución y la ley.

Artículo 25. Faltas absolutas y temporales. Son faltas absolutas del Fiscal General Penal Militar y Policial, de los Fiscales Penales Militares y Policiales Delegados ante el Tribunal Superior Militar y Policial, y de los Fiscales Penales Militares y Policiales Delegados ante los Jueces Penales Militares y Policiales, la muerte real o presunta, la renuncia aceptada, la separación definitiva del cargo ordenada por sentencia judicial debidamente ejecutoriada, la destitución o separación como consecuencia de un proceso disciplinario, la incapacidad física o mental permanente una vez se reconozca la pensión de invalidez en el caso de los civiles, por invalidez e incapacidad absoluta y permanente o gran invalidez en el caso de los uniformados, la declaratoria de vacancia del empleo en caso de abandono del mismo o inasistencia al servicio sin causa justificada, la edad de retiro forzoso, el vencimiento del periodo y las demás que determine la Constitución Política y la ley.

Son faltas temporales las licencias, las incapacidades por enfermedad, la suspensión por medida penal o disciplinaria, los permisos y vacaciones y las demás que determine la Constitución Política y la ley.

En caso de falta absoluta o temporal del Fiscal General Penal Militar y Policial, sus funciones las ejercerá uno de los Fiscales Penales Militares y Policiales Delegados ante el Tribunal Superior Militar y Policial, designado por el Ministro de Defensa Nacional por la duración de la falta temporal, si la falta es absoluta, hasta la terminación del período si faltaren menos de seis (6) meses para concluir el mismo. Si faltaren seis

(6) meses o más para el vencimiento del periodo, la designación le corresponde al Presidente de la República.

CAPÍTULO IV.

FISCALES PENALES MILITARES Y POLICIALES DELEGADOS ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL Y FISCALES PENALES MILITARES Y POLICIALES DELEGADOS ANTE LOS JUECES PENALES MILITARES Y POLICIALES.

Artículo 26. Requisitos generales. Para acceder a los cargos de Fiscal Penal Militar y Policial Delegado ante el Tribunal Superior Militar y Policial y de Fiscal Penal Militar y Policial Delegado ante los Jueces Penales Militares y Policiales, se requiere acreditar los siguientes requisitos generales:

1. Ser colombiano por nacimiento y ciudadano en ejercicio.

2. Acreditar título profesional de abogado.

3. Tener título de posgrado en una de las siguientes áreas: ciencias penales y criminológicas, derecho Penal Militar o Policial, criminalística, derecho constitucional, derechos humanos, derecho internacional humanitario, derecho probatorio, derecho procesal penal o derecho operacional.

Parágrafo. Su selección será por meritocracia mediante evaluación de sus competencias por el Departamento Administrativo de la Función Pública (DAFP), la Escuela de Administración Pública (ESAP), o cualquier otra entidad que pueda adelantar dicha evaluación.

Artículo 27. Requisitos especiales. Para ser Fiscal Penal Militar y Policial Delegado ante el Tribunal Superior Militar y Policial se requiere, además de los requisitos generales consignados en la presente ley, acreditar una experiencia mínima de ocho (8) años como funcionario en la Justicia Penal Militar y Policial y ostentar grado no inferior al de Teniente Coronel o Capitán de Fragata en servicio activo o en uso de buen retiro de la Fuerza Pública.

Parágrafo. Si el cargo es desempeñado por un civil o no uniformado, con el fin de preservar la especialidad de la Justicia Penal Militar y Policial, este deberá tener como mínimo una experiencia profesional de diez (10) años en derecho penal militar, salvo que acredite la experiencia mínima de ocho (8) años en el desempeño de cargos como funcionario de la Justicia Penal Militar y Policial.

Artículo 28. Cargos de periodo. Los cargos de Fiscal Penal Militar y Policial Delegado ante el Tribunal Superior Militar y Policial serán provistos por el Presidente de la República para un período fijo e individual de ocho (8) años no prorrogable, de lista de candidatos conformada por quienes cumplan los requisitos generales y especiales establecidos en este capítulo. El procedimiento para conformar la lista será reglamentado por el Gobierno nacional.

Los Fiscales Penales Militares y Policiales Delegados ante el Tribunal Superior Militar y Policial, no son reelegibles y permanecerán en sus cargos durante todo el

período, salvo que antes de su vencimiento incurran en una falta absoluta. Los uniformados que sean designados para ocupar estos cargos, permanecerán en servicio activo hasta concluir el periodo.

Parágrafo Transitorio. Los Fiscales Penales Militares ante el Tribunal Superior Militar nombrados en vigencia de la Ley 940 de 2005, continuarán en sus cargos hasta cuando cumplan el período para el cual fueron nombrados, con la denominación de Fiscales Penales Militares y Policiales Delegados ante el Tribunal Superior Militar y Policial.

Artículo 29. Fiscales Penales Militares y Policiales Delegados ante los Jueces Penales Militares y Policiales. Para desempeñar el cargo de Fiscal Penal Militar y Policial Delegado ante los Jueces Penales Militares y Policiales de Conocimiento Especializado y de Conocimiento, se requiere además de los requisitos generales consignados en la presente ley, acreditar la experiencia señalada para cada cargo, así:

1. Fiscal Penal Militar y Policial Delegado ante Juez Penal Militar y Policial de Conocimiento Especializado. Para desempeñar el cargo de Fiscal Penal Militar y Policial Delegado ante Juez Penal Militar y Policial de Conocimiento Especializado, se requiere acreditar una experiencia mínima de cinco (5) años, en el desempeño de cargos como funcionario en la Justicia Penal Militar y Policial y ostentar grado no inferior al de Oficial Superior en servicio activo o en uso de buen retiro de la Fuerza Pública.

Parágrafo. No obstante lo dispuesto en este artículo, el cargo de Fiscal Penal Militar y Policial Delegado ante Juez Penal Militar y Policial de Conocimiento Especializado podrá ser desempeñado por un civil o no uniformado, siempre que acredite los requisitos generales para el desempeño del cargo y una experiencia profesional como asesor jurídico de la Fuerza Pública mínima de diez (10) años, salvo que acredite la experiencia mínima de cinco (5) años en el desempeño de cargos como funcionario de la Justicia Penal Militar y Policial.

2. Fiscal Penal Militar y Policial Delegado ante Juez Penal Militar y Policial de Conocimiento. Para desempeñar el cargo de Fiscal Penal Militar y Policial Delegado ante Juez Penal Militar y Policial de Conocimiento, se requiere acreditar una experiencia mínima de tres (3) años en el ejercicio profesional de abogado y ostentar grado no inferior al de Capitán o Teniente de Navío en servicio activo o en uso de buen retiro de la Fuerza Pública.

Parágrafo. No obstante lo dispuesto en este artículo, el cargo de Fiscal Penal Militar y Policial Delegado ante Juez Penal Militar y Policial de Conocimiento podrá ser desempeñado por un civil o no uniformado, siempre que acredite los requisitos generales para el desempeño del cargo y una experiencia profesional como asesor jurídico de la Fuerza Pública mínima de ocho (8) años, salvo que acredite la experiencia mínima de tres (3) años en el desempeño de cargos como funcionario de la Justicia Penal Militar y Policial.

Artículo 30. Funciones generales de los Fiscales Penales Militares y Policiales Delegados ante el Tribunal Superior Militar y Policial y ante Los Jueces Penales

Militares y Policiales de Conocimiento Especializado y de Conocimiento. Los Fiscales Penales Militares y Policiales Delegados ante el Tribunal Superior Militar y Policial y ante los Jueces Penales Militares y Policiales de Conocimiento Especializado y de Conocimiento, entre otras, tienen las siguientes funciones:

1. Investigar y acusar a los presuntos responsables de haber cometido un delito de conocimiento de la Justicia Penal Militar y Policial.

2. Adelantar previa autorización del Magistrado o Juez Penal Militar y Policial de Control de Garantías, registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones y poner a su disposición los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos, para su control de legalidad dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes.

3. Asegurar en cada caso particular los elementos materiales probatorios y evidencia física, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción. En caso de requerirse medidas adicionales que impliquen afectación de derechos fundamentales, deberá obtenerse la respectiva autorización del Juez Penal Militar y Policial de Garantías para poder proceder a ello.

4. Dirigir, coordinar y controlar en cada caso particular las actividades de policía judicial que en forma permanente ejerce el Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial y los demás organismos de policía judicial que señale la ley.

5. Solicitar capturas ante el Magistrado o Juez Penal Militar y Policial de Control de Garantías y poner al capturado a su disposición, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.

6. Solicitar al Magistrado o Juez Penal Militar y Policial de Control de Garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso Penal Militar o Policial, la conservación de la prueba, la integridad de la Fuerza Pública, la protección de la comunidad, en especial de las víctimas.

7. Presentar solicitud de preclusión de la investigación ante la Sala del Tribunal Superior Militar y Policial o Juez Penal Militar y Policial de Conocimiento Especializado y de Conocimiento.

8. Celebrar preacuerdos con los imputados.

9. Presentar la acusación ante el Magistrado del Tribunal Superior Militar y Policial o Juez Penal Militar y Policial de Control de Garantías.

10. Intervenir en la etapa del juicio.

11. Solicitar ante la Sala del Tribunal Superior Militar y Policial o Juez Penal Militar y Policial de Control de Garantías, las medidas judiciales necesarias para la asistencia de las víctimas, el restablecimiento del derecho y la reparación integral de los efectos del injusto.

12. Interponer y sustentar los recursos ordinarios y extraordinarios y la acción de revisión en los eventos establecidos en el Código Penal Militar.

13. Solicitar las nulidades y demás actuaciones procesales de su competencia y disponer las que le señale la ley.

14. Aplicar el principio de oportunidad en los términos y condiciones establecidos en la presente ley.

15. Las demás que le señale la ley.

Artículo 31. Funciones especiales de los Fiscales Penales Militares y Policiales Delegados ante el Tribunal Superior Militar y Policial. Los Fiscales Penales Militares y Policiales Delegados ante el Tribunal Superior Militar y Policial tendrán su sede en Bogotá, D. C., y además de las funciones señaladas en el artículo anterior y la ley, tienen las siguientes:

1. Investigar y acusar si a ello hubiere lugar a los servidores de la Justicia Penal Militar y Policial con fuero legal, cuyo juzgamiento esté atribuido en primera instancia al Tribunal Superior Militar y Policial.

2. Cumplir las funciones que le asigne el Fiscal General Penal Militar y Policial de conformidad con sus atribuciones y representarlo en las actuaciones que le delegue.

3. Reemplazar al Fiscal General Penal Militar y Policial en sus ausencias temporales o absolutas, cuando sea designado.

4. Reemplazar al Fiscal General Penal Militar y Policial en caso de impedimento o recusación, cuando sea designado.

5. Formular recomendaciones al Fiscal General Penal Militar y Policial en materia de políticas de investigación y acusación.

6. Diseñar y recomendar acciones orientadas a mejorar la gestión de los despachos de las fiscalías penales militares y policiales delegadas.

7. Presentar postulaciones para proveer los cargos de empleados subalternos asignados a sus despachos, a la Dirección Ejecutiva de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial.

8. Las demás que les sean asignadas por la ley.

CAPÍTULO V.

CUERPO TÉCNICO DE INVESTIGACIÓN DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR Y POLICIAL, COMPOSICIÓN, REQUISITOS Y FUNCIONES.

Artículo 32. Composición del Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial. El Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial estará integrado por el Coordinador Nacional, los Coordinadores Regionales y el personal profesional, tecnólogo, técnico y de investigación que lo conforme, nombrados por el Director Ejecutivo de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial previa selección por meritocracia mediante

evaluación de sus competencias por el Departamento Administrativo de la Función Pública (DAFP), la Escuela de Administración Pública (ESAP), o cualquier otra entidad que pueda adelantar dicha evaluación.

Artículo 33. Funciones. El Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial tiene las siguientes funciones generales:

1. Ejercer funciones de policía judicial en la Justicia Penal Militar y Policial.
2. Recibir las denuncias o querellas de los delitos de conocimiento de la Justicia Penal Militar y Policial y adelantar los actos urgentes conforme a lo dispuesto en el Código Penal Militar.
3. Realizar las investigaciones de los delitos de acuerdo con lo establecido en el Código Penal Militar y bajo la dirección del Fiscal Penal Militar y Policial Delegado.
4. Adelantar con estricta sujeción a las normas y al respeto de los derechos humanos todas las actividades inherentes a la investigación de las conductas punibles.
5. Dar cumplimiento de conformidad con las normas vigentes a las órdenes de captura, allanamiento, intervención telefónica, registro de correspondencia, vigilancia electrónica y demás actuaciones inherentes requeridas en las investigaciones que se adelanten, previa decisión judicial del Magistrado o Juez Penal Militar y Policial de Control de Garantías o disposición del Fiscal Penal Militar y Policial Delegado en los casos que determine la ley.
6. Dar cumplimiento a las órdenes de captura que emita la Sala de Decisión o los Jueces Penales Militares y Policiales de Conocimiento Especializado o de Conocimiento.
7. Garantizar la cadena de custodia de los elementos materiales de prueba y de la evidencia física.
8. Las demás que le señale la ley o le asigne el Fiscal General Penal Militar y Policial que guarden relación con la naturaleza de la dependencia.

Artículo 34. Coordinador Nacional del Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial. Para ser Coordinador Nacional del Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial se requiere:

1. Ser colombiano por nacimiento y ciudadano en ejercicio.
2. Acreditar título profesional de abogado.
3. Tener posgrado en ciencias penales y criminológicas, derecho Penal Militar o Policial, criminalística, derecho constitucional, derechos humanos, derecho internacional humanitario, derecho probatorio, derecho procesal penal o derecho operacional.
4. Acreditar experiencia profesional relacionada con las funciones del cargo de cuatro (4) años.
5. Aprobar la selección por meritocracia.

Parágrafo. Si el cargo fuere desempeñado por un miembro activo o en uso de buen retiro de la Fuerza Pública, deberá ostentar un grado no inferior al de Oficial Superior.

Artículo 35. Coordinación Nacional del Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial. La Coordinación Nacional del Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial tiene las siguientes funciones:

1. Recomendar al Fiscal General Penal Militar y Policial la definición de políticas y estrategias asociadas con las funciones de investigación, criminalística y administración de información técnica y judicial, útiles para la investigación.

2. Desarrollar actividades de planeación, organización, ejecución y control de las funciones del Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial.

3. Orientar el apoyo a las actividades forenses que desarrollen las Coordinaciones Regionales.

4. Cumplir y hacer cumplir la cadena de custodia.

5. Coordinar el apoyo técnico-científico con los demás organismos nacionales de policía judicial.

6. Responder por el control estadístico en los aspectos relativos al desarrollo de las investigaciones adelantadas por el Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial.

7. Coordinar con la Dirección Ejecutiva de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial la creación e integración de Unidades de Investigación para optimizar la actividad investigativa y operativa del cuerpo técnico de investigación, previa autorización del Fiscal General Penal Militar y Policial.

8. Realizar el seguimiento a la gestión de las Coordinaciones Regionales y tomar las medidas necesarias para su efectivo funcionamiento.

9. Por delegación del Fiscal General Penal Militar y Policial, hacer parte del Consejo Nacional de Policía Judicial.

10. Elaborar el manual de funciones del Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial y presentarlo al Fiscal General Penal Militar y Policial para su respectivo trámite de adopción ante la Dirección Ejecutiva de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial.

11. Las demás que le señale la ley o le asigne el Fiscal General Penal Militar y Policial que guarden relación con la naturaleza de la dependencia.

Artículo 36. Coordinador Regional del Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial. Para ser Coordinador Regional del Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial, se requiere:

1. Ser colombiano por nacimiento y ciudadano en ejercicio.

2. Acreditar título profesional de abogado.

3. Tener posgrado en ciencias penales y criminológicas, derecho penal militar o policial, criminalística, derecho constitucional, derechos humanos, derecho internacional humanitario, derecho probatorio, derecho procesal penal o derecho operacional.

4. Acreditar experiencia profesional relacionada con las funciones del cargo, de dos (2) años.

5. Aprobar la selección por meritocracia.

Parágrafo. Si el cargo fuere desempeñado por un miembro activo o en uso de buen retiro de la Fuerza Pública, deberá ostentar un grado no inferior al de Capitán o Teniente de Navío.

Artículo 37. Coordinación regional del Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial. Las Coordinaciones Regionales del Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial tendrán las siguientes funciones a dicho nivel:

1. Desarrollar actividades de planeación, organización, ejecución y control de las funciones del Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial.

2. Orientar el apoyo a las actividades forenses.

3. Coordinar las actividades investigativas y de servicios forenses.

4. Coordinar el apoyo técnico-científico con los demás organismos regionales de policía judicial.

5. Cumplir y hacer cumplir la cadena de custodia.

6. Asistir en representación del Coordinador Nacional del Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial a los comités, juntas, sesiones y demás reuniones interinstitucionales en su respectiva jurisdicción relacionadas con el ejercicio de la función de policía judicial.

7. Responder por el control estadístico de los aspectos relativos al desarrollo de las investigaciones adelantadas.

8. Las demás funciones que le señale la ley y el Coordinador Nacional del Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial, relacionadas con el cargo.

Artículo 38. Requisitos del personal profesional y técnico del Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial. Para integrar el Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial, se requiere acreditar como mínimo:

1. Ser colombiano de nacimiento y ciudadano en ejercicio.

2. Título profesional, tecnológico o técnico de centro académico universitario o instituto legalmente reconocido.

3. Acreditar experiencia mínima de un (1) año con posterioridad a la obtención del título.

4. Aprobar la selección por meritocracia.

Artículo 39. Apoyo a la Justicia Penal Militar y Policial. Los organismos que ejerzan de manera permanente o transitoria funciones de policía judicial en otras instituciones del Estado, deberán apoyar cuando sea necesario las investigaciones de la Justicia Penal Militar y Policial. En estos casos, la dirección y control de la investigación será del Fiscal Penal Militar y Policial Delegado.

Artículo 40. Apoyo técnico-científico. El Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, de conformidad con la ley, prestará apoyo técnico-científico en las investigaciones desarrolladas por la Justicia Penal Militar y Policial. Igualmente lo hará con el imputado o su defensor cuando estos lo soliciten.

La Fiscalía General Penal Militar y Policial, el imputado o su defensor se apoyarán cuando fuere necesario, en laboratorios privados nacionales o extranjeros o en los de universidades públicas o privadas, nacionales o extranjeras debidamente acreditados ante la autoridad competente. También prestarán apoyo técnico-científico los laboratorios forenses de los organismos de policía judicial.

Artículo 41. Conformación de grupos especiales de investigación. Cuando por la particular complejidad de la investigación sea necesario conformar un grupo especial en la regional respectiva, el Fiscal Penal Militar y Policial Delegado lo solicitará al Coordinador Regional del Cuerpo Técnico, previa autorización del Fiscal General Penal Militar y Policial.

CAPÍTULO VI.

ORGANIZACIÓN DEL CUERPO TÉCNICO DE INVESTIGACIÓN DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR Y POLICIAL.

Artículo 42. Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial. El Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial es una dependencia especializada de la Fiscalía General Penal Militar y Policial que tiene por objeto desarrollar la investigación judicial, criminalística, criminológica y el manejo de la información, orientada a brindar apoyo a la administración de la Justicia Penal Militar y Policial en los casos de su competencia, incluyendo las investigaciones que se adelanten en vigencia de la Ley 522 de 1999.

Artículo 43. Estructura. El Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial tiene competencia investigativa en todo el territorio nacional dentro de la jurisdicción Penal Militar y Policial y su organización tendrá dos niveles: central y desconcentrado.

Parágrafo. El Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial hace parte de la estructura de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial y por consiguiente el Gobierno nacional desarrollará la misma y establecerá su planta de personal.

TÍTULO V.**ADMINISTRACIÓN, GESTIÓN Y CONTROL DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR Y POLICIAL.****CAPÍTULO I.****UNIDAD, ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR Y POLICIAL.**

Artículo 44. Transformación de la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar en Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial. Transformase la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar del Ministerio de Defensa Nacional de que trata el artículo 26 del Decreto número 1512 de 2000, la cual cuenta con autonomía administrativa y financiera, en una Unidad Administrativa Especial con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio propio, adscrita al Ministerio de Defensa Nacional, cuyo domicilio principal está en la ciudad de Bogotá, D. C., y podrá contar con dependencias desconcentradas territorialmente, la cual se denominará Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial y hará parte del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional.

Artículo 45. Objetivo de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial. La Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial, tendrá como objetivo fundamental la organización, funcionamiento y administración de la jurisdicción especializada.

Artículo 46. Patrimonio. El patrimonio de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial estará constituido por:

1. Las partidas que se le asignen en el Presupuesto General de la Nación.
2. Los recursos que reciba a título de donaciones, legados y asignaciones de personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras, gobiernos o entidades gubernamentales extranjeros, organismos internacionales u organizaciones de cualquier naturaleza local, nacional o internacional.
3. Los recursos que a través de convenios reciba de entidades públicas o privadas para el desarrollo de sus planes y programas o para su funcionamiento.
4. Los recursos provenientes del fondo cuenta de la Jurisdicción Penal Militar y Policial que se crea en la presente ley.
5. Los bienes que se encuentren asignados a la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar.
6. Los demás bienes, rentas y recursos que adquiera o reciba a cualquier título.

Artículo 47. Fondo Cuenta. Créase el Fondo Cuenta de la Justicia Penal Militar y Policial, el cual será administrado por la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial; el fondo no tendrá personería jurídica, a través del mismo se manejarán los recursos por concepto de multas, cauciones, bienes y recursos

provenientes de las declaratorias de comiso que se hagan efectivas, de los títulos de depósito judicial constituidos en la jurisdicción especializada en los que se declare su prescripción y del valor reembolsable de las fotocopias que se expidan; los recursos que ingresen al fondo se destinarán a la adecuación, mantenimiento y adquisición de elementos y equipos de los despachos de la Justicia Penal Militar y Policial e insumos necesarios para la práctica de diligencias judiciales e investigativas.

Artículo 48. Funciones de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial. La Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial tendrá las siguientes funciones:

1. Administrar la jurisdicción especializada.
2. Llevar el control y gestión de rendimiento de los funcionarios y empleados de la Jurisdicción Penal Militar y Policial.
3. Implementar las políticas, planes, programas y proyectos de la jurisdicción especializada.
4. Administrar y conservar el archivo de la jurisdicción especializada.
5. Las demás que le señale la ley.

Artículo 49. Órganos de dirección y administración. La Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial tendrá como órganos de dirección y administración el Consejo Directivo y el Director Ejecutivo.

Artículo 50. Integración. El Consejo Directivo de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial estará integrado por:

1. El Ministro de Defensa Nacional quien lo presidirá.
2. El Ministro de Justicia y del Derecho.
3. El Comandante General de las Fuerzas Militares.
4. El Director General de la Policía Nacional.
5. El Presidente de la Corte Suprema de Justicia.

Parágrafo 1o. Los Ministros solo podrán delegar su participación en los Viceministros, el Comandante General de las Fuerzas Militares podrá delegarla en el Jefe del Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Militares, el Director General de la Policía Nacional de Colombia en el Subdirector General de la Policía Nacional, el Presidente de la Corte Suprema de Justicia en el Vicepresidente de la Corporación.

Parágrafo 2o. Al Consejo Directivo asistirá el Director Ejecutivo de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial, el Presidente del Tribunal Superior Militar y Policial y el Fiscal General Penal Militar y Policial con voz pero sin voto. El órgano directivo podrá invitar a otros servidores públicos y personas que considere importante escuchar sobre determinados asuntos de interés para la entidad, quienes asistirán con derecho a voz pero sin voto. El Consejo sesionará con la periodicidad que determinen los estatutos.

La Secretaría Técnica del Consejo estará a cargo de la Dirección Ejecutiva de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial y sus actas serán reservadas.

Parágrafo 3o. En ningún caso los miembros del Consejo Directivo ni el Director Ejecutivo de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial, podrán interferir en las decisiones judiciales de los funcionarios de la jurisdicción.

Artículo 51. Funciones del Consejo Directivo de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial. El Consejo Directivo de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial, tendrá las siguientes funciones:

1. Definir las políticas, planes, programas y proyectos de la Unidad.
2. Conocer de los informes de gestión presentados por el Director Ejecutivo.
3. Aprobar el proyecto de presupuesto anual de la Unidad.
4. Aprobar el plan de desarrollo y su correspondiente plan de inversiones.
5. Evaluar y recomendar al Gobierno nacional las modificaciones de la estructura orgánica y de la planta de personal que considere pertinentes.
6. Adoptar sus estatutos y cualquier reforma que a ellos se introduzca.
7. Recomendar modificaciones al mapa judicial.
8. Las demás que le señalen la ley y sus estatutos.

Artículo 52. Director Ejecutivo y Subdirector General de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial. La Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial tendrá un Director Ejecutivo de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República y un Subdirector General nombrado por el Director, uno de los cuales será Oficial en servicio activo de la Fuerza Pública o en uso de buen retiro, de grado no inferior al de Brigadier General o su equivalente en la Armada Nacional.

El Director y el Subdirector serán independientes de la línea de mando, así uno de ellos ostente la condición de Oficial en servicio activo de la Fuerza Pública.

Parágrafo. El Oficial podrá solicitar por una sola vez la terminación de su designación y el regreso a su Fuerza de procedencia. Esta podrá aceptar o rechazar su solicitud.

En caso de ser aceptado no podrá regresar a la Justicia Penal Militar y Policial mientras esté en servicio activo.

Artículo 53. Requisitos para ocupar el cargo de Director Ejecutivo de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial. Para ocupar el cargo de Director Ejecutivo de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial se requiere acreditar los siguientes requisitos:

1. Ser colombiano por nacimiento y ciudadano en ejercicio.

2. Acreditar título profesional de abogado y posgrado en área jurídica o administrativa.

3. Acreditar como mínimo ocho (8) años de experiencia profesional.

Artículo 54. Funciones de la dirección ejecutiva de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial. La Dirección Ejecutiva de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial tendrá las siguientes funciones:

1. Implementar las políticas y ejecutar los planes, programas, proyectos y decisiones adoptadas por el Consejo Directivo.

2. Adoptar y proponer según su competencia, las decisiones necesarias para que la Justicia Penal Militar y Policial se imparta oportuna y eficazmente.

3. Administrar de conformidad con las normas vigentes el talento humano, y los bienes y recursos destinados para el funcionamiento de la Justicia Penal Militar y Policial, desarrollando adecuados sistemas de información y control.

4. Impartir las directrices para mantener actualizada la plataforma tecnológica y de comunicaciones de la Unidad.

5. Elaborar y presentar al Consejo Directivo de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial el informe de gestión anual y los que este solicite.

6. Diseñar planes, programas y proyectos que propendan por el comportamiento ético del personal de la Justicia Penal Militar y Policial.

7. Elaborar e impulsar programas de capacitación y formación del personal de la Justicia Penal Militar y Policial.

8. Adoptar los mecanismos de control de rendimiento y gestión de los funcionarios y empleados de la Justicia Penal Militar y Policial y tomar las decisiones necesarias para su buen funcionamiento y descongestión.

9. Determinar la distribución, ubicación territorial y lugar de funcionamiento de los despachos judiciales de acuerdo con las necesidades del servicio.

10. Presentar al Consejo Directivo el mapa judicial y sus modificaciones.

11. Crear y organizar los grupos internos de trabajo necesarios para el funcionamiento de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial y designar sus coordinadores.

12. Expedir manuales, de funciones y requisitos, procesos y procedimientos, circulares, directivas, instructivos, reglamentos, resoluciones y demás actos administrativos necesarios para el adecuado funcionamiento de la Justicia Penal Militar y Policial.

13. Regular los trámites de los títulos judiciales y demás aspectos administrativos que se adelanten en los despachos judiciales y cuando lo considere necesario establecer servicios administrativos comunes para ellos.

14. Conceder estímulos, reconocer los méritos y otorgar las menciones honoríficas al personal que se distinga por los servicios prestados a la Justicia Penal Militar y Policial.

15. Ejercer la facultad nominadora de los servidores públicos de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial, salvo de los de periodo.

16. Designar y terminar la designación de los miembros de la Fuerza Pública del Cuerpo Autónomo de la Justicia Penal Militar y Policial.

17. Definir las situaciones administrativas de los servidores públicos de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial y de los miembros de la Fuerza Pública del Cuerpo Autónomo de la Justicia Penal Militar y Policial, de acuerdo con la Constitución y la ley.

18. Ubicar y distribuir los servidores públicos de la Justicia Penal Militar y Policial de acuerdo con la planta disponible y las necesidades del servicio.

19. Celebrar los contratos, convenios y acuerdos que se requieran para el eficaz funcionamiento de la Justicia Penal Militar y Policial.

20. Ser ordenador del gasto para el cumplimiento de las funciones que le correspondan.

21. Representar a la entidad judicial y extrajudicialmente y nombrar los apoderados especiales que demande la mejor defensa de los intereses de la entidad.

22. Ejercer la función de control disciplinario en los términos de ley, sobre los servidores públicos que ejerzan funciones administrativas y de apoyo a los despachos judiciales, así como sobre los Jueces de Conocimiento Especializado; Conocimiento, Garantías, Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, Fiscales Delegados ante los Jueces de Conocimiento Especializado, Conocimiento y servidores del Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial, en relación con conductas distintas a las derivadas de su función judicial y de policía judicial.

23. Presentar el proyecto de presupuesto al Consejo Directivo para su aprobación.

24. Elaborar el proyecto de plan de desarrollo de la Justicia Penal Militar y Policial con su correspondiente plan de inversiones y someterlo a la aprobación del Consejo Directivo.

25. Suscribir convenios y acuerdos institucionales con entidades nacionales e internacionales.

26. Administrar la Escuela de Justicia Penal Militar y Policial que por esta ley se crea, presidir su Consejo Directivo y nombrar su director.

27. Las demás que le asigne la ley y los estatutos.

Parágrafo. Para todos efectos, la representación legal de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial estará en cabeza de su Director Ejecutivo.

Artículo 55. Inhabilidades. No podrán desempeñar cargos en la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial, los servidores públicos que incurran en alguna de las causales de inhabilidad establecidas en la Constitución Política y en la ley.

Artículo 56. Causales de impedimento, recusación y trámite de las mismas. A los servidores públicos de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial, se les aplicarán las causales de impedimento y recusación establecidas en la ley y se tramitarán de conformidad con los procedimientos allí establecidos.

Artículo 57. Faltas absolutas y temporales. Las faltas absolutas y temporales establecidas en la Constitución Política y en la ley, se aplicarán a los servidores públicos de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial.

Artículo 58. Autoridad disciplinaria. Los servidores públicos que desempeñen cargos de jueces y fiscales de la Justicia Penal Militar y Policial, serán investigados disciplinariamente por conductas derivadas del ejercicio de sus funciones por la Procuraduría General de la Nación y, los demás servidores por la Oficina de Control Disciplinario Interno de la Unidad

Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial; sin perjuicio en este último caso, del ejercicio del poder preferente de la Procuraduría General de la Nación.

Artículo 59. Estructura de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial. La estructura interna de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial será establecida por el Gobierno Nacional, de acuerdo con sus facultades constitucionales y legales.

Parágrafo Transitorio. Hasta tanto entre en funcionamiento la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial, la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar como dependencia interna del Ministerio de Defensa Nacional, continuará con la administración y dirección de la Justicia Penal Militar.

CAPÍTULO II.

ESCUELA DE JUSTICIA PENAL MILITAR Y POLICIAL.

Artículo 60. Objeto. Créase la Escuela de Justicia Penal Militar y Policial, como un centro de formación inicial y continuada de funcionarios y empleados al servicio de la Justicia Penal Militar y Policial, con el objeto de ofrecer a sus servidores de manera permanente, inducción y reinducción judicial en administración de justicia tanto teórica como práctica, formación en temas académicos buscando el continuo mejoramiento de su función misional de operador judicial, capacitación y actualización en técnicas de administración, gestión judicial e investigativa, entre otros.

Artículo 61. Estructura. La Escuela de Justicia Penal Militar y Policial hace parte de la estructura de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial y por consiguiente el Gobierno nacional desarrollará la misma y establecerá su planta de personal.

TÍTULO VI.

INDEPENDENCIA Y AUTONOMÍA DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR Y POLICIAL.

CAPÍTULO I.

INDEPENDENCIA DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR Y POLICIAL.

Artículo 62. Independencia del mando institucional de la Fuerza Pública. La Justicia Penal Militar y Policial será independiente del mando institucional de la Fuerza Pública. Su función exclusiva será la de administrar justicia conforme a la Constitución y la ley. Los funcionarios y empleados de la Justicia Penal Militar y Policial no podrán buscar o recibir instrucciones del mando de la Fuerza Pública, respecto del cumplimiento de su función judicial.

Los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo que hacen parte de la línea de mando, no podrán ejercer funciones en la Justicia Penal Militar y Policial.

Los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo que hacen parte de la Jurisdicción Penal Militar y Policial, no podrán participar en el ejercicio del mando.

CAPÍTULO II.

CUERPO AUTÓNOMO DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR Y POLICIAL.

Artículo 63. Cuerpo Autónomo de la Justicia Penal Militar y Policial. Créase el Cuerpo Autónomo de la Justicia Penal Militar y Policial, conformado por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo que desempeñen cargos judiciales, investigativos, o de apoyo judicial o investigativo en la Justicia Penal Militar y Policial; con un sistema de carrera propio e independiente del mando institucional y bajo la dependencia de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial.

Parágrafo. La pertenencia al Cuerpo Autónomo de la Justicia Penal Militar y Policial, genera dependencia administrativa de los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo que lo integran de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial, y por tanto estarán a disposición de la citada entidad.

Artículo 64. Incorporación de los miembros de la Fuerza Pública al Cuerpo Autónomo de la Justicia Penal Militar y Policial. En virtud de la entrada en vigencia de la presente ley, los oficiales en servicio activo que desempeñen cargos en la Jurisdicción, se incorporarán al Cuerpo Autónomo de la Justicia Penal Militar y Policial y no tendrán que acreditar los requisitos especiales establecidos en la presente ley para ocupar el cargo en el cual queden incorporados. Los suboficiales, miembros del nivel ejecutivo y agentes en servicio activo, que a la entrada en vigencia de la presente ley desempeñen cargos en la Jurisdicción, se incorporarán al Cuerpo Autónomo de la Justicia Penal Militar y Policial y no tendrán que acreditar los requisitos establecidos en la presente ley para ocupar el cargo en el cual queden incorporados.

Artículo 65. Integración de los miembros de la fuerza pública al cuerpo autónomo de la justicia penal militar y policial. Para integrar el Cuerpo Autónomo de la Justicia Penal Militar y, Policial, la Dirección Ejecutiva de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial, solicitará a las Fuerzas de acuerdo con las necesidades del servicio, el envío de listas de candidatos de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y oficiales, suboficiales, miembros del nivel ejecutivo y patrulleros de la Policía Nacional, para desempeñar cargos en la Jurisdicción Especializada, listas de las cuales la Dirección de la Unidad seleccionará de acuerdo con el procedimiento interno y designará a los funcionarios y empleados judiciales e investigativos requeridos para el servicio.

Artículo 66. Determinación de la planta militar y policial. La planta militar y policial de los miembros de la Fuerza Pública que integren el Cuerpo Autónomo de la Justicia Penal Militar y Policial, será fijada por el Gobierno nacional, con base en las necesidades que presente la Dirección Ejecutiva de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial, quien la manejará.

La planta determinará el número de miembros de la Fuerza Pública por grado.

CAPÍTULO III.

PROCEDENCIA Y CAMBIO DE CUERPO DE LOS MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA AL CUERPO AUTÓNOMO DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR Y POLICIAL.

Artículo 67. Procedencia de la fuerza pública. Quien aspire a pertenecer al Cuerpo Autónomo de la Justicia Penal Militar y Policial, deberá estar previamente escalafonado en la Fuerza Pública de acuerdo con los procedimientos legales establecidos en los respectivos estatutos.

Artículo 68. Cambio de cuerpo o especialidad. Para pertenecer al Cuerpo Autónomo de la Justicia Penal Militar y Policial, los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, deberán cumplir con los siguientes requisitos:

1. Capacidad psicofísica.
2. Acreditar como mínimo el grado de Capitán o Teniente de Navío.
3. No haber sido sancionado penal o disciplinariamente y durante los tres (3) últimos años estar clasificado en lista 1, 2 o 3 en las evaluaciones de las Fuerzas Militares o en las escalas de medición excepcional, superior o satisfactoria de la Policía Nacional.
4. Concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa o del respectivo Comandante de Fuerza o del Director General de la Policía Nacional de Colombia, según corresponda.

Parágrafo 1o. Los suboficiales, miembros del nivel ejecutivo y patrulleros, no requieren acreditar grado militar o policial mínimo.

Parágrafo 2o. Los folios de vida de los miembros de la Fuerza Pública pasarán a la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial, mientras se encuentren desempeñando un cargo judicial o investigativo de su planta de personal.

CAPÍTULO IV.

RÉGIMEN DE PERSONAL APLICABLE A LOS MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA QUE INTEGRAN EL CUERPO AUTÓNOMO DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR Y POLICIAL.

Artículo 69. Ascenso militar o policial. Se entiende como ascenso militar o policial el cambio de jerarquía al grado superior en su carrera militar o policial de los miembros de la Fuerza Pública.

Artículo 70. Envío a curso de ascenso. Transcurrido el tiempo mínimo reglamentario para ascender en grado militar o policial y cumplidos los demás requisitos establecidos en las normas especiales de cada Fuerza, la Dirección Ejecutiva de la Unidad Administrativa Especial a través de su dependencia de Talento Humano, verificará las anotaciones en el folio de vida durante dicho período y su clasificación o escala y la evaluación en el desempeño judicial, de gestión investigativa o de apoyo judicial o investigativo, y someterá a decisión del Comité de Ascensos los nombres de los miembros de la Fuerza Pública que deberán ser enviados a curso de ascenso a la Fuerza a la que pertenezcan.

Artículo 71. Condiciones para ascenso del personal del cuerpo autónomo de la justicia penal militar y policial. Los miembros de la Fuerza Pública pertenecientes al Cuerpo Autónomo de la Justicia Penal Militar y Policial, para ascender dentro de la jerarquía militar y policial, deberán acreditar además de las condiciones y requisitos comunes establecidos en los estatutos de carrera militar o policial, los siguientes:

1. Tener el tiempo mínimo de servicio efectivo establecido para cada grado en los estatutos de carrera del personal de la Fuerza Pública.
2. Capacidad profesional acreditada con las evaluaciones anuales de desempeño en el cargo, realizadas conforme a lo previsto en la presente ley.
3. Adelantar y aprobar los cursos de ascenso reglamentarios.
4. Acreditar aptitud psicofísica de acuerdo con el reglamento vigente.
5. Concepto favorable del Comité de Ascensos del Cuerpo Autónomo de la Justicia Penal Militar y Policial.
6. Tener la clasificación para ascenso.

Artículo 72. Autoridad competente para conceder ascensos. El ascenso de los oficiales hasta el grado de Coronel o Capitán de Navío será dispuesto por el Gobierno nacional, y el de los suboficiales, miembros del nivel ejecutivo y patrulleros por el Ministro de Defensa Nacional previa recomendación del Comité de Ascensos del Cuerpo Autónomo de la Justicia Penal Militar y Policial.

Artículo 73. Ascenso de oficiales generales y de insignia. Para los ascensos de Oficiales Generales y de Insignia, el Gobierno nacional escogerá libremente entre los oficiales que hayan cumplido los requisitos establecidos en los respectivos estatutos de carrera de la Fuerza Pública.

Artículo 74. Comité de Ascensos del Cuerpo Autónomo de la Justicia Penal Militar y Policial. El Comité de Ascensos del Cuerpo Autónomo de la Justicia Penal Militar y Policial estará conformado por:

1. El Ministro de Defensa Nacional o su delegado.
2. El Director Ejecutivo de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial.
3. El Presidente del Tribunal Superior Militar y Policial.
4. El Fiscal General Penal Militar y Policial.
5. El funcionario judicial de mayor antigüedad y grado de las Fuerzas Militares, integrante del Cuerpo Autónomo de la Justicia Penal Militar y Policial, cuando se trate de ascensos de las Fuerzas Militares.
6. El funcionario judicial de mayor antigüedad y grado de la Policía Nacional, integrante del Cuerpo Autónomo de la Justicia Penal Militar y Policial, cuando se trate de ascensos de la Policía Nacional.

Artículo 75. Funciones del Comité de Ascensos de la Justicia Penal Militar y Policial. Son funciones del Comité de Ascensos de la Justicia Penal Militar y Policial las siguientes:

1. Evaluar las anotaciones existentes en el folio de vida y su respectiva clasificación o escala y la calificación de la evaluación judicial, de gestión investigativa o de apoyo judicial o investigativo de los miembros de la Fuerza Pública y de acuerdo con ello decidir quiénes deben ser enviados a curso de ascenso a la Fuerza a la que pertenecen.
2. Emitir concepto para ascenso.
3. Clasificar al personal de la Fuerza Pública miembro del Cuerpo Autónomo de la Justicia Penal Militar y Policial.
4. Ratificar o modificar la lista de precedencia de clasificación o escala para ascensos.
5. Seleccionar y recomendar al Gobierno Nacional por intermedio del Ministro de Defensa Nacional, los ascensos dentro de la jerarquía militar y policial del personal del Cuerpo Autónomo de la Justicia Penal Militar y Policial.
6. Aplicar los reglamentos de evaluación de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, para la calificación y clasificación del desempeño Militar y Policial.
7. Darse, su propio reglamento.

Artículo 76. Parámetros para la recomendación de ascensos. El Comité fundamentará su recomendación de ascenso en la antigüedad, las anotaciones existentes en el folio de vida y su respectiva clasificación o escala para ascenso y en la calificación de la evaluación judicial, de gestión investigativa o de apoyo judicial o investigativo y el resultado obtenido en el curso de ascenso, información que será consolidada en orden de precedencia por el responsable de Talento Humano de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial.

El Comité seleccionará y recomendará al Gobierno nacional los nombres de los oficiales que considere merecen el ascenso por tener el mejor perfil militar o policial y desempeño judicial o de gestión investigativa.

En el caso de los suboficiales, miembros del nivel ejecutivo y patrulleros de la Fuerza Pública, el Comité sesionará sin la presencia del Ministro de Defensa Nacional o su delegado y seleccionará y recomendará al Ministro los nombres de los que considere merecen el ascenso por tener el mejor perfil militar o policial y desempeño en cargos de apoyo judicial o investigativo.

Artículo 77. Requisitos especiales para ascenso. A los miembros de la Fuerza Pública que se incorporen al Cuerpo Autónomo de la Justicia Penal Militar y Policial, no se les exigirá a partir de la vigencia de la presente ley, los requisitos especiales establecidos en los estatutos sobre el cumplimiento de tiempos mínimos en el desempeño de cargos en la Justicia Penal Militar, para ascender.

Artículo 78. Situaciones administrativas de personal. A los miembros de la Fuerza Pública del Cuerpo Autónomo de la Justicia Penal Militar y Policial, que desempeñen cargos en la Jurisdicción Penal Militar y Policial, les serán aplicables por el Director Ejecutivo la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial, las situaciones administrativas de personal previstas en los estatutos de carrera especial del personal civil y no uniformado del Ministerio de Defensa Nacional y sus entidades descentralizadas, adscritas y vinculadas.

CAPÍTULO V.

FORMACIÓN Y CAPACITACIÓN.

Artículo 79. Formación. Los miembros de la Fuerza Pública que integren el Cuerpo Autónomo de la Justicia Penal Militar y Policial, deberán recibir la formación militar o policial impartida por su respectiva Fuerza.

Artículo 80. Capacitación. La capacitación de los miembros de la Fuerza Pública que integren el Cuerpo Autónomo de la Justicia Penal Militar y Policial, será continua y estará bajo la coordinación de la Escuela de Justicia Penal Militar y Policial, con el objeto de ofrecer a quienes administran justicia y realizan funciones de investigación y de apoyo judicial e investigativo, permanente actualización práctica y teórica en temas jurídicos, militares y policiales, técnicas de investigación, gestión judicial y en todas aquellas áreas relacionadas con el desempeño de sus funciones.

CAPÍTULO VI.

TERMINACIÓN DE LA DESIGNACIÓN A LOS MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA QUE INTEGREN EL CUERPO AUTÓNOMO DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR Y POLICIAL Y RETIRO DEL SERVICIO ACTIVO.

Artículo 81. Terminación de la designación por solicitud propia del miembro de la Fuerza Pública. El miembro de la Fuerza Pública integrante del Cuerpo Autónomo de la Justicia Penal Militar y Policial, podrá solicitar por una sola vez la terminación de su designación y el regreso a su Fuerza de procedencia. Esta podrá aceptar o rechazar su solicitud.

En caso de ser aceptado no podrá regresar a la Justicia Penal Militar y Policial mientras esté en servicio activo.

Artículo 82. Causales de terminación de la designación en el cuerpo autónomo de la Justicia Penal Militar y Policial y Retiro de la Fuerza Pública. Son causales de terminación de la designación en el Cuerpo Autónomo de la Justicia Penal Militar y Policial y de Retiro de la Fuerza Pública las siguientes:

1. Ser condenado penal mente por sentencia debidamente ejecutoriada, excepto por delitos culposos, siempre que en este último caso la pena impuesta no implique privación de la libertad.

2. Ser destituido o separado del cargo por decisión debidamente ejecutoriada, como resultado de proceso disciplinario.

3. Obtener resultado regular o deficiente de acuerdo con los reglamentos de evaluación y clasificación de la Fuerza Pública.

4. Incurrir en cualquiera de las causales de retiro consignadas en los reglamentos de la institución militar o policial a la cual pertenece.

Artículo 83. Retiro del cuerpo autónomo de la Justicia Penal Militar y Policial. El retiro del Cuerpo Autónomo de la Justicia Penal Militar y Policial se configura cuando se termina la designación del miembro de la Fuerza Pública en un cargo de la Justicia Penal Militar y Policial.

Parágrafo. Incurrir en cualquiera de las causales de terminación de la designación del artículo anterior conlleva igualmente el retiro de la Fuerza Pública. La Dirección Ejecutiva de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial, tramitará el retiro del servicio activo del miembro de la Fuerza Pública ante el Gobierno nacional o el Ministro de Defensa, según corresponda.

Artículo 84. Efectos de la terminación de la designación. El personal militar o policial al que se le haya terminado la designación, no podrá volver a ocupar cargos en la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial, excepto si la misma fue por solicitud propia, caso en el cual el Director Ejecutivo de la Unidad Administrativa Especial podrá nombrarlo en calidad de retirado, de acuerdo con las necesidades del servicio, siempre que cumpla con los requisitos exigidos para un cargo vacante y supere el proceso de vinculación.

CAPÍTULO VII.

EVALUACIÓN Y CLASIFICACIÓN DE LOS MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA DEL CUERPO AUTÓNOMO DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR Y POLICIAL.

Artículo 85. Autoridad evaluadora y revisora. La autoridad evaluadora y revisora del personal de la Fuerza Pública miembro del Cuerpo Autónomo de la Justicia Penal Militar y Policial, será ejercida por oficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional integrantes de dicho cuerpo u orgánicos de la Unidad Administrativa Especial, que no intervengan en la evaluación de desempeño judicial.

La evaluación y revisión se efectuará conforme a los reglamentos de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, para la calificación y clasificación del desempeño Militar y Policial.

CAPÍTULO VIII.

RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LOS MIEMBROS DEL CUERPOAUTÓNOMO DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR Y POLICIAL.

Artículo 86. Titularidad de la acción disciplinaria. Los miembros del Cuerpo Autónomo de la Justicia Penal Militar y Policial solo podrán ser disciplinados por la Procuraduría General de la Nación por faltas en el ejercicio de sus funciones judiciales.

Cuando se trate de faltas distintas a las cometidas en el ejercicio de la función judicial, será competente para conocer y decidir las faltas leves en única instancia y en primera instancia las faltas graves y gravísimas, un oficial de grado Coronel o Capitán de Navío y en segunda instancia para estas dos últimas, un oficial de mayor antigüedad, miembros del Cuerpo Autónomo de la Justicia Penal Militar y Policial u orgánicos de la Unidad Administrativa Especial, designados por su Dirección Ejecutiva.

Artículo 87. Faltas disciplinarias, procedimiento y sanciones. A los miembros del Cuerpo Autónomo de la Justicia Penal Militar y Policial se les aplicarán las normas establecidas en los respectivos estatutos disciplinarios tanto de las Fuerzas Militares como de la Policía Nacional en materia de faltas disciplinarias, procedimiento y sanciones, así como las establecidas en el régimen disciplinario para servidores públicos.

Artículo 88. Normas de remisión. En todo lo no regulado en el presente título, relacionado con los miembros de la Fuerza Pública que integren el Cuerpo Autónomo de la Justicia Penal Militar y Policial, se les aplicará lo establecido en los regímenes especiales respectivos.

TÍTULO VII.

EVALUACIÓN DE DESEMPEÑO.

CAPÍTULO ÚNICO.

Artículo 89. Evaluación de desempeño de los jueces penales militares y policiales. La evaluación de desempeño de los jueces penales militares y policiales

corresponde al Director Ejecutivo de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial y al Tribunal Superior Militar y Policial, de conformidad con los siguientes criterios:

1. El Director Ejecutivo de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial, evaluará el rendimiento estadístico de los jueces penales militares y policiales de acuerdo con la validación de los informes de cada despacho.

2. El Tribunal Superior Militar y Policial evaluará la estructura formal y la construcción material de las providencias de los jueces penales militares y policiales.

Parágrafo. La consolidación de las evaluaciones establecidas en los numerales anteriores, permitirá determinar el rendimiento anual de los jueces penales militares y policiales, la cual constituirá para el personal militar y policial el indicador de desempeño en el cargo.

Artículo 90. Evaluación de desempeño de los fiscales penales militares y policiales delegados ante los jueces penales militares y policiales y de los servidores del cuerpo técnico de investigación de la Justicia Penal Militar y Policial. La evaluación de desempeño de los fiscales penales militares y policiales delegados ante los jueces penales militares y policiales y de los servidores del Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial, corresponde al Director Ejecutivo de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial, al Fiscal General Penal Militar y Policial y a los Fiscales Penales Militares y Policiales Delegados ante el Tribunal Superior Militar y Policial, de conformidad con los siguientes criterios:

1. El Director Ejecutivo de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial evaluará el rendimiento estadístico de los fiscales penales militares y policiales delegados ante los jueces penales militares y policiales y de los servidores del Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial, de acuerdo con la validación de los informes de cada despacho y el informe estadístico consolidado presentado por el Coordinador Nacional del Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial.

2. El Fiscal General Penal Militar y Policial y los Fiscales Penales Militares y Policiales Delegados ante el Tribunal Superior Militar y Policial, evaluarán la gestión investigativa, el diseño del programa metodológico, la estructura de la teoría del caso, la actuación y argumentación en estrados judiciales y su efectividad en el resultado de la acción penal de los Fiscales Penales Militares y Policiales Delegados ante los Jueces Penales Militares y Policial. Así mismo evaluarán a los coordinadores del Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial, con fundamento en la eficaz planeación, organización y control de las misiones asignadas a los servidores.

3. El Fiscal General Penal Militar y Policial y el Coordinador Nacional del Cuerpo Técnico de Investigación evaluarán la gestión desarrollada en las misiones de trabajo, la efectividad de los informes periciales, técnicos y los resultados de la actividad

investigativa de los servidores del Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial.

Parágrafo. La consolidación de las evaluaciones establecidas en los numerales anteriores permitirá determinar el rendimiento anual de los Fiscales Penales Militares y Policiales Delegados ante los Jueces Penales Militares y Policiales, y de los servidores del Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial, la cual constituirá para el personal militar y policial el indicador de desempeño en el cargo.

Artículo 91. Evaluación de desempeño de secretarios y asistentes judiciales. La evaluación de estos servidores públicos suboficiales, miembros del nivel ejecutivo, patrulleros y civiles que realicen labores de apoyo a la gestión judicial e investigativa, corresponderá al titular o encargado del respectivo despacho.

Artículo 92. Sistema de evaluación. Los indicadores aplicables a las evaluaciones de rendimiento, serán diseñados por los evaluadores y expedidos mediante acto administrativo por la Dirección Ejecutiva de la Unidad Administrativa Especial.

Artículo 93. Recursos. Contra el resultado de la evaluación de rendimiento de gestión judicial e investigativa y de apoyo judicial e investigativo, procede solo el recurso de reposición dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación personal o desfijación del edicto.

TÍTULO VIII.

DISPOSICIONES SOBRE COMPETENCIA PARA EL TRÁNSITO AL SISTEMA PENAL ACUSATORIO Y PARA GARANTIZAR SU PLENA OPERATIVIDAD EN LA JURISDICCIÓN ESPECIALIZADA.

CAPÍTULO I.

DISPOSICIONES SOBRE COMPETENCIA PARA EL TRÁNSITO AL SISTEMA PENAL ACUSATORIO.

Artículo 94. Procesos en curso. Los procesos en los que a la entrada en vigencia de la presente ley no se hubiese decretado el inicio del juicio, se registrarán por las nuevas normas de competencia aquí establecidas siempre y cuando se hayan implementado los nuevos juzgados de conocimiento. En caso contrario continuarán su trámite por las reglas de competencia establecidas en la Ley 522 de 1999.

Artículo 95. Competencia de los Juzgados de Instrucción Penal Militar. Para garantizar la transición al Sistema Penal Acusatorio y facilitar el proceso de descongestión judicial con la distribución equilibrada de la carga laboral, las investigaciones por hechos ocurridos en vigencia de la Ley 522 de 1999, podrán ser asumidas por un Juez de Instrucción Penal Militar, para lo cual deberá tenerse en cuenta la especificidad dentro de lo militar o policial del miembro de la Fuerza Pública investigado, independientemente del lugar donde hayan ocurrido los hechos. Para tal efecto el Director Ejecutivo de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial, podrá redistribuir la carga laboral.

Artículo 96. Competencia de los Juzgados de Primera Instancia y Fiscalías. Para garantizar la transición al Sistema Penal Acusatorio y facilitar el proceso de descongestión judicial con la distribución equilibrada de la carga laboral, a partir de la vigencia de la presente ley se modifican las competencias establecidas en la Ley 522 de 1999, así:

1. El juzgado de Inspección General del Comando General de las Fuerzas Militares y el Juzgado de Inspección General del Ejército, además de la competencia a ellos atribuida por la Ley 522 de 1999, podrán conocer de los procesos de competencia de los Juzgados Militares de División y de Brigada.

2. El Juzgado de Inspección General de la Armada Nacional, además de la competencia a él atribuida por la Ley 522 de 1999, podrá conocer de los procesos de competencia de los Juzgados de Fuerza Naval del Atlántico, Fuerza Naval del Pacífico, Fuerza Naval del Sur, Brigada de Infantería de Marina y Comando Específico de San Andrés y Providencia.

3. El Juzgado de Inspección General de la Fuerza Aérea, además de la competencia a él atribuida por la Ley 522 de 1999, podrá conocer de los procesos de competencia de los Juzgados Militares de Comando Aéreo, de Base Aéreo, de Grupo Aéreo y de Escuelas de Formación, Capacitación y Técnicas.

4. El Juzgado de la Dirección General de la Policía Nacional, además de la competencia a él atribuida por la Ley 522 de 1999, podrá conocer de los procesos de competencia del Juzgado de la Inspección General de la Policía Nacional, de los Juzgados de Policía Metropolitana y de los Juzgados de Departamento de Policía. De igual forma, el Juzgado de Inspección General de la Policía Nacional podrá conocer de los procesos de competencia de los Juzgados de Policía Metropolitana y de los Juzgados de Departamento de Policía.

Parágrafo. Del mismo modo las Fiscalías Penales Militares ejercerán sus funciones de calificación y acusación ante los Juzgados Instancia.

CAPÍTULO II.

DISPOSICIONES PARA GARANTIZAR LA PLENA OPERATIVIDAD DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO EN LA JURISDICCIÓN ESPECIALIZADA.

Artículo 97. Aceptación de cargos. Cuando durante la investigación el procesado sea escuchado en indagatoria, y dentro de esta diligencia aceptare los cargos que le impute el juez de instrucción, tendrá derecho a una rebaja de hasta la mitad de la pena imponible. Para tal efecto, el juez de instrucción procederá a levantar acta que suscribirá con el sindicado y su defensor, en la que consten los cargos aceptados por el procesado, la cual equivaldrá a la resolución de acusación y, remitirá de forma inmediata todo lo actuado al juez de conocimiento quien verificará si se imputaron adecuadamente los cargos, si su aceptación fue libre, voluntaria, espontánea y procederá a aceptarla, sin que a partir de allí sea posible retractación alguna; seguidamente dictará sentencia.

En este evento no será necesario resolver la situación jurídica.

Parágrafo. Este procedimiento será aplicable únicamente para las conductas punibles establecidas en la Ley 1058 de 2006.

Artículo 98. Modifíquese el artículo 24 de la Ley 1407 de 2010, el cual quedará así:

“**Artículo 24. Dolo.** La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar”.

Artículo 99. Modifíquese el artículo 27 de la Ley 1407 de 2010 el cual quedará así:

“**Artículo 27. Acción u omisión.** La conducta punible puede ser realizada por acción u omisión.

El miembro de la Fuerza Pública que en razón de su competencia funcional y teniendo el control efectivo, tenga el deber jurídico de evitar un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo hiciere, disponiendo de los recursos y medios, siempre que las circunstancias fácticas se lo permitan, quedará sujeto a la pena prevista en la respectiva norma penal.

A tal efecto se requiere que tenga a su cargo la protección real y efectiva del bien jurídico protegido o la vigilancia de determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución, la ley o los reglamentos”.

Artículo 100. Modifícase el Título VIII de la Ley 1407 de 2010 “Otros Delitos”, en sus artículos 168 y 169, los cuales pasan al Título V Capítulo VII de la citada ley “Otros delitos contra la seguridad de la fuerza pública”, con el siguiente texto:

“**Artículo 154A. Hurto de Armas y Bienes de Defensa.** El que se apodere de armas, municiones, material de guerra o efectos o bienes destinados a la seguridad o defensa nacional, con el propósito de obtener provecho para sí o para otro, incurrirá en prisión de siete (7) a quince (15) años.

Artículo 154B. Hurto de uso. Cuando el apoderamiento de que trata el artículo anterior se cometiere con el fin de hacer uso de la cosa, y esta se restituyere en término no mayor de veinticuatro (24) horas, la pena será de prisión de dos (2) a seis (6) años.

Cuando la cosa se restituyere con daño o deterioro grave, la pena se aumentará hasta en la mitad”.

Artículo 101. Modifíquese el numeral cuarto (4) del artículo 199 de la Ley 1407 de 2010, el cual quedará así:

“**Artículo 199 (...)**

4. Juzgar, previa acusación del Fiscal General de la Nación, a los Generales y a Almirantes de la Fuerza Pública, a los Magistrados del Tribunal Superior Militar y Policial, al Fiscal General Penal Militar y Policial y a los Fiscales Penales Militares y Policiales Delegados ante el Tribunal Superior Militar y Policial, por las conductas punibles que se les atribuyan”.

Artículo 102. Modifícase el artículo 338 “Duración de los procedimientos” de la Ley 1407 de 2010, el cual quedará así:

“**Artículo 338. Duración de los procedimientos.** El término de que dispone la Fiscalía Penal Militar y Policial para formular la acusación o solicitar la preclusión, no podrá exceder de noventa (90) días contados a partir del día siguiente de la formulación de la imputación y, de ciento veinte (120) días cuando se presente concurso de delitos o sean tres o más los imputados.

Formulada la acusación, la audiencia preparatoria deberá realizarse por el Juez Penal Militar y Policial de Conocimiento y de Conocimiento Especializado dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria del auto de apertura a juicio y la audiencia de Corte Marcial dentro de igual término, contado a partir del día siguiente a la conclusión de la audiencia preparatoria.

Parágrafo. La Fiscalía General Penal Militar y Policial tendrá un término máximo de dos (2) años, contados a partir de la recepción de la noticia criminal para formular imputación u ordenar motivadamente el archivo de la indagación. Este término será de máximo tres (3) años cuando se presente concurso de delitos o sean tres o más los imputados.

Cuando se trate de delitos de competencia del Juez Penal Militar y Policial de Conocimiento estos términos se reducirán a la mitad”.

Artículo 103. Modifícase el inciso 1o del artículo 452 “Vencimiento del término” de la Ley 1407 de 2010, el cual quedará así:

“**Artículo 452. Vencimiento de términos.** Vencidos los términos previstos en el inciso 1o del artículo 338, el Fiscal Penal Militar y Policial Delegado deberá solicitar la preclusión, o formular la acusación ante el Juez Penal Militar y Policial de Garantías. De no hacerlo, perderá competencia para seguir actuando, de lo cual informará inmediatamente a su respectivo superior.

(...)”.

Artículo 104. Modifícase el inciso 1o del artículo 479 “Presentación de la acusación” de la Ley 1407 de 2010, el cual quedará así:

“**Artículo 479. Presentación de la acusación.** El Fiscal Penal Militar y Policial Delegado presentará el escrito de acusación ante el Juez Penal Militar y Policial de Control de Garantías, cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe”.

Artículo 105. Modifícase el artículo 481 “Citación” de la Ley 1407 de 2010, el cual quedará así:

“**Artículo 481. Citación para Audiencia de Acusación.** Presentado por el Fiscal Penal Militar y Policial Delegado el escrito de acusación, el Juez Penal Militar y Policial de Garantías dentro de los tres (3) días siguientes al recibo del mismo, señalará fecha y hora para la celebración de la audiencia de formulación de acusación.

La Fiscalía Penal Militar y Policial entregará copia del escrito de acusación con destino al acusado, al defensor, al Ministerio Público y a las víctimas”.

Artículo 106. Modifícase el artículo 482 “Trámite” de la Ley 1407 de 2010, el cual quedará así:

“**Artículo 482. Trámite.** Abierta por el Juez Penal Militar y Policial de Control de Garantías la audiencia de acusación, ordenará el traslado del escrito de acusación a las partes y concederá la palabra en su orden a la Fiscalía, al Ministerio Público y a la Defensa, para que expresen oralmente las causales de nulidad si las hubiere y efectúen las observaciones sobre el escrito de acusación, tanto de orden formal como material.

Finalizada la audiencia de formulación de acusación, el Juez Penal Militar y Policial de Control de Garantías resolverá todas las cuestiones planteadas y admitirá la acusación si considera que se cumplen las exigencias probatorias a que alude el artículo 479 de esta ley, decisión contra la cual procede el recurso de apelación.

Agotado lo anterior, el Juez Penal Militar y Policial de Control de Garantías dispondrá la remisión de todo lo actuado al Juez Penal Militar y Policial de Conocimiento o de Conocimiento Especializado”.

Artículo 107. Adiciónase el artículo 483A a la Ley 1407 de 2010, el cual será del siguiente tenor:

“**Artículo 483A. Audiencia preliminar al juicio de Corte Marcial.** Recibida la actuación, el Juez Penal Militar y Policial de Conocimiento o de Conocimiento Especializado señalará fecha y hora para la celebración de la audiencia preliminar al juicio de Corte Marcial, dentro de la cual resolverá las solicitudes de impedimentos, recusaciones, impugnación de competencia, medidas de protección, descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física, su admisibilidad o exclusión y fijará fecha y hora para la audiencia preparatoria. A partir de este momento se entenderá iniciada la etapa de juicio”.

Artículo 108. Modifícase el artículo 486 “Fecha de la audiencia preparatoria” de la Ley 1407 de 2010, el cual quedará así:

“**Artículo 486. Fecha de la audiencia preparatoria.** Agotados los trámites de la audiencia preliminar al juicio de Corte Marcial, el Juez Penal Militar y Policial de Conocimiento o Conocimiento Especializado, fijará fecha y hora para la celebración de la audiencia preparatoria, la cual deberá realizarse en un término no inferior a quince (15) días ni superior a treinta (30) días siguientes a su señalamiento”.

Artículo 109. Adiciónase el artículo 491A a la Ley 1407 de 2010, el cual será del siguiente tenor:

“**Artículo 491A. Preacuerdos desde la audiencia de formulación de imputación.** Desde la audiencia de formulación de imputación y hasta antes de ser presentado el escrito de acusación, la fiscalía y el imputado podrán llegar a un preacuerdo sobre los términos de la imputación. Obtenido este preacuerdo, el fiscal penal militar y policial delegado lo presentará ante el juez penal militar y policial de conocimiento o de conocimiento especializado como escrito de acusación.

El fiscal penal militar y policial delegado y el imputado, a través de su defensor podrán adelantar conversaciones para llegar a un acuerdo en el cual el imputado se declarará culpable del delito imputado, o de uno relacionado con pena menor, a cambio de que el fiscal penal militar y policial delegado:

1. Elimine de su acusación alguna causal de agravación punitiva, o algún cargo específico.
2. Tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena”.

Artículo 110. Modifícase el Artículo 493 de la Ley 1407 de 2010, el cual quedará así:

“**Artículo 493. Modalidades.** La aceptación de los cargos determinados en la audiencia de formulación de la imputación, comporta una rebaja hasta de la mitad de la pena imponible, acuerdo que se consignará en el escrito de acusación.

También podrán el fiscal penal militar y policial delegado y el imputado llegar a un preacuerdo sobre los hechos imputados y sus consecuencias. Si hubiere un cambio favorable para el imputado con relación a la pena por imponer, esto constituirá la única rebaja compensatoria por el acuerdo. Para efectos de la acusación se procederá en la forma prevista en el inciso anterior.

En el evento que la fiscalía, por causa de nuevos elementos cognoscitivos, proyecte formular cargos distintos y más gravosos a los consignados en la formulación de la imputación, los preacuerdos deben referirse a esta nueva y posible imputación.

Los preacuerdos celebrados entre fiscalía y acusado obligan al juez penal militar y policial de conocimiento o de conocimiento especializado, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales.

Aprobados los preacuerdos por el juez penal militar y policial de conocimiento o de conocimiento especializado, procederá a convocar la audiencia para dictar la sentencia correspondiente.

Las reparaciones efectivas a la víctima que puedan resultar de los preacuerdos entre fiscal penal militar y policial delegado e imputado o acusado, pueden aceptarse por la víctima. En caso de rehusarlos, esta podrá acudir a las vías judiciales pertinentes.

Parágrafo. Cuando el acusado, previo acuerdo con la Fiscalía colabore eficazmente para evitar que continúe el delito o se realicen otros, o aporte información esencial para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada, tendrá derecho a una rebaja de hasta la mitad de la pena a imponer.

El mismo beneficio será concedido cuando el imputado sirva como testigo principal de cargo contra los demás intervinientes”.

Artículo 111. Principio de oportunidad y política criminal. La aplicación del principio de oportunidad deberá hacerse con sujeción a la política criminal del Estado.

Artículo 112. Legalidad. La Fiscalía General Penal Militar y Policial está obligada a perseguir a los autores y partícipes en los hechos que revistan las características de una conducta punible que llegue a su conocimiento, excepto por la aplicación del principio de oportunidad, en los términos y condiciones previstos en esta ley.

Artículo 113. Aplicación del principio de oportunidad. La Fiscalía General Penal Militar y Policial, en la investigación o en el juicio, hasta antes de la audiencia de

Corte Marcial podrá suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, en los casos que establece esta ley.

Artículo 114. Causales. El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos:

1. Cuando se trate de delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo máximo señalado en la ley no exceda de seis (6) años o con pena principal de multa, siempre que se haya reparado integralmente a la víctima conocida o individualizada; si esto último no sucediere, el funcionario competente fijará la caución pertinente a título de garantía de la reparación, una vez oído el concepto del Ministerio Público.

Esta causal es aplicable igualmente en los eventos de concurso de conductas punibles siempre y cuando de forma individual, se cumpla con los límites y las calidades señaladas en el inciso anterior.

2. Cuando el imputado haya sufrido a consecuencia de la conducta culposa, daño físico o moral grave que haga desproporcionada la aplicación de una sanción o implique desconocimiento del principio de humanización de la sanción punitiva.

3. Cuando el ejercicio de la acción penal implique riesgo o amenaza grave a la seguridad del Estado.

4. Cuando en delitos contra el patrimonio económico, el objeto material se encuentre en tan alto grado de deterioro respecto de su titular, que la genérica protección brindada por la ley haga más costosa su persecución penal y comporte un reducido y aleatorio beneficio.

5. Cuando el juicio de reproche de culpabilidad sea de tan secundaria consideración que haga de la sanción penal una respuesta innecesaria y sin utilidad social.

6. Cuando se afecten mínimamente bienes colectivos, siempre y cuando que se dé la reparación integral y pueda deducirse que el hecho no volverá a presentarse.

7. En los casos de atentados contra bienes jurídicos de la administración pública, cuando la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche institucional y la sanción disciplinaria correspondientes.

8. Cuando la conducta se realice excediendo una causal de justificación, si la desproporción significa un menor valor jurídico y social explicable en el ámbito de la culpabilidad.

Parágrafo 1o. La aplicación del principio de oportunidad en los casos de delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo límite máximo exceda de seis (6) años de prisión, será proferida por el Fiscal General Penal Militar y Policial o por quien él delegue de manera especial para tal efecto.

Parágrafo 2o. No se podrá aplicar el principio de oportunidad en investigaciones o acusaciones por delitos contra la disciplina, el servicio, intereses de la Fuerza Pública,

la seguridad de la Fuerza Pública, el honor, los delitos contra el derecho internacional humanitario, ni cuando tratándose de conductas dolosas la víctima sea un menor de dieciocho (18) años.

Artículo 115. Suspensión del procedimiento a prueba. El imputado o acusado hasta antes de la audiencia de Corte Marcial podrá solicitar la suspensión del procedimiento a prueba mediante solicitud oral en la que manifieste un plan de reparación del daño y las condiciones que estaría dispuesto a cumplir.

El plan podrá consistir en la mediación con las víctimas, en los casos en que esta sea procedente, la reparación integral de los daños causados a las víctimas o la reparación simbólica, en forma inmediata o a plazos.

Presentada la solicitud, el fiscal penal militar y policial delegado consultará a la víctima y resolverá de inmediato mediante decisión que fijará las condiciones bajo las cuales se suspende el procedimiento, y aprobará o modificará el plan de reparación propuesto por el imputado, conforme a los principios de justicia restaurativa establecidos en la ley.

Si el procedimiento se reanuda con posterioridad, la admisión de los hechos por parte del imputado no se podrá utilizar como prueba de culpabilidad.

Parágrafo. El fiscal penal militar y policial delegado podrá suspender el procedimiento a prueba cuando para el cumplimiento de la finalidad del principio de oportunidad, estime conveniente hacerlo antes de decidir sobre la eventual renuncia del ejercicio de la acción penal.

Artículo 116. Condiciones a cumplir durante el periodo de prueba. El fiscal penal militar y policial delegado fijará el período de prueba, que no podrá ser superior a tres (3) años, y determinará una o varias de las condiciones que deberá cumplir el imputado o acusado hasta antes de la audiencia de Corte Marcial, entre las siguientes:

1. Residir en un lugar determinado e informar al fiscal penal militar y policial delegado ante el juez de conocimiento o conocimiento especializado cualquier cambio del mismo.
2. Participar en programas especiales de rehabilitación.
3. Prestar servicios o trabajo social en su institución militar o policial.
4. Someterse a un tratamiento médico o psicológico.
5. No poseer o portar armas de fuego.
6. No conducir vehículos automotores, naves o aeronaves.
7. La reparación integral a las víctimas, de conformidad con los mecanismos establecidos en la ley.
8. La realización de actividades a favor de la recuperación de las víctimas.
9. La colaboración activa y efectiva en el tratamiento psicológico para la recuperación de las víctimas, siempre y cuando medie su consentimiento.

10. La manifestación pública de arrepentimiento por el hecho que se le imputa.

11. La obligación de observar buena conducta individual, familiar y social.

Durante el período de prueba el imputado o acusado hasta antes de la audiencia de Corte Marcial, deberá someterse a la vigilancia que el fiscal penal militar y policial delegado determine sin menoscabo de su dignidad.

Vencido el período de prueba y verificado el cumplimiento de las condiciones, el fiscal penal militar y policial delegado solicitará el archivo definitivo de la actuación, conforme al procedimiento establecido para el control judicial en la aplicación del principio de oportunidad.

Artículo 117. Control judicial en la aplicación del principio de oportunidad. El juez penal militar y policial de control de garantías deberá efectuar el control respectivo, dentro de los cinco (5) días siguientes a la determinación de la Fiscalía Penal Militar y Policial de dar aplicación al principio de oportunidad.

Dicho control será obligatorio y automático y se realizará en audiencia especial en la que la víctima y el Ministerio Público podrán controvertir la prueba aducida por la Fiscalía Penal Militar y Policial para sustentar la decisión. El juez penal militar y policial resolverá de plano.

La aplicación del principio de oportunidad y los preacuerdos de los posibles imputados o acusados y la Fiscalía Penal Militar y Policial, no podrán comprometer la presunción de inocencia y solo procederán si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad.

Artículo 118. La participación de las víctimas. En la aplicación del principio de oportunidad el fiscal penal militar y policial delegado deberá tener en cuenta los intereses de las víctimas. Para estos efectos deberá oír a las que se hayan hecho presentes en la actuación.

Artículo 119. Efectos de la aplicación del principio de oportunidad. La decisión que prescinda de la persecución extinguirá la acción penal respecto del autor o partícipe en cuyo favor se decide, salvo que la causal que la fundamente se base en la falta de interés del Estado en la persecución del hecho, evento en el cual las consecuencias de la aplicación del principio se extenderá a los demás autores o partícipes en la conducta punible, a menos que la ley exija la reparación integral a las víctimas.

Artículo 120. Reglamentación. El Fiscal General Penal Militar y Policial deberá expedir el reglamento, en el que se determine de manera general el procedimiento interno para asegurar que la aplicación del principio de oportunidad cumpla con sus finalidades y se ajuste a la Constitución y a la ley.

Artículo 121. Causales de impedimento. Adiciónase al artículo 277 de la Ley 522 de 1999 la causal número 13 y al artículo 231 de la Ley 1407 del 2010 la causal número 17 del siguiente tenor:

Ley 522 de 1999

“Artículo 277 (...)

13. Que el Juez o Fiscal haya intervenido en la acción, operación o procedimiento de la Fuerza Pública en desarrollo de la cual haya ocurrido la conducta bajo investigación o juzgamiento”.

Ley 1407 de 2010**“Artículo 231 (...)**

17. Que el Juez o Fiscal haya intervenido en la acción, operación o procedimiento de la Fuerza Pública en desarrollo de la cual haya ocurrido la conducta bajo investigación o juzgamiento”.

TÍTULO IX.**OTRAS DISPOSICIONES FINALES.**

Artículo 122. Adopción de plantas de personal. El Gobierno nacional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales procederá a adoptar las Plantas de Personal de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial, de conformidad con la estructura que él establezca, de acuerdo con la presente ley.

Parágrafo. En los empleos creados en la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial será incorporado el personal que viene prestando sus servicios en la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar.

Artículo 123. Régimen salarial y prestacional. Los servidores públicos civiles que desempeñen cargos en la planta de personal de la actual Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar y que se incorporen a cargos de la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial en la que se transforma, conservarán el régimen salarial y prestacional que se les viene aplicando.

Artículo 124. Sistema especial de carrera y clasificación de empleos. La Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial en materia de carrera y clasificación de empleos se regirá por lo señalado en el Decreto-ley 091 de 2007 y los que lo modifiquen o sustituyan.

Continuarán clasificándose como empleos de periodo los señalados en el Decreto-ley 091 de 2007 y los señalados en la presente ley.

Artículo 125. Contratos y convenios vigentes. Los contratos y convenios actualmente vigentes, celebrados por la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar, se entienden subrogados a la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial, la cual continuará con su ejecución en los términos de los mismos, sin que para ello sea necesaria su modificación.

Artículo 126. Procesos judiciales, de cobro coactivo y disciplinarios en curso. Los procesos judiciales, de cobro coactivo y disciplinarios en curso y los que se asuman mientras se organiza la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial, continuarán siendo atendidos por la Dirección de Asuntos Legales y la Oficina de Control Disciplinario Interno del Ministerio de Defensa Nacional, hasta su terminación.

La Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial asumirá la atención de los nuevos procesos judiciales, de cobro coactivo y disciplinarios, transcurridos seis (6) meses de la organización de su estructura y aprobación de su planta de personal o sus plantas de personal por el Gobierno nacional.

Artículo 127. Transferencia de bienes, derechos y obligaciones. A partir de la fecha de entrada en vigencia de la presente ley se entienden transferidos a título gratuito por ministerio de la ley, todos los bienes muebles e inmuebles, derechos y obligaciones de la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar a la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial, que tengan relación con las funciones establecidas para esta Unidad.

Los bienes estarán identificados en las Actas que para el efecto suscriba el representante legal de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial o su delegado, las cuales serán registradas en la respectiva Oficina de Registro, cuando a ello hubiere lugar.

Artículo 128. Entrega de archivos. Los archivos de los cuales sea titular la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar y la Jurisdicción Especializada administrada y dirigida por ella, por ministerio de la presente ley una vez entre en vigencia, pasarán a la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial.

Artículo 129. Vigencia y derogatorias. La presente ley entra en vigencia a partir de su promulgación, modifica y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias en especial las contenidas en los numerales 1 a 15 del artículo 26, artículos 61 y 62 del Decreto número 1512 de 2000 y el artículo 3o de la Ley 940 de 2005.

Proyecto de Ley 021 de 2015 de Cámara, por medio del cual se reforman algunos artículos de la Ley 906 de 2004, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 65 de 1993 y se dictan otras disposiciones

El pasado 23 de julio de 2015 se publicó en la Gaceta del Congreso nº 512 el Proyecto de Ley para la reforma del sistema penal acusatorio, cuyo texto puede consultarse en el siguiente [enlace](#).

III. NOTICIAS DE LA FICP

1. Seminarios y cursos

La FICP ha (co)organizado los siguientes congresos, cursos o conferencias:

(i) **XVI Seminario Internacional de Filosofía del Derecho y Derecho Penal**

Sobre "La justificación del castigo penal". 9 y 10 de julio de 2015. Salón de Grados de la Facultad de Derecho, Univ. de León. Directores: Profs. Dres. Miguel Díaz y García Conlledo y Juan Antonio García Amado, Catedráticos, respectivamente, de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Coorganizado por las Áreas de Derecho Penal y de Filosofía del Derecho, Univ. de León, y la FICP.

Las Actas del XVI Seminario se encuentran disponibles en nuestra página web, en la sección de [Publicaciones/Actas de Congresos y Seminarios](#).

Las ponencias y los debates del Seminario fueron retransmitidos en directo vía *streaming* y **están grabados y pueden verse** en este [enlace](#). A continuación se muestra una selección de fotos del evento:



El Prof. Dr. Bonorino Ramírez (arriba) durante su ponencia, moderada por el Prof. Dr. García Amado (abajo, dcha).



El Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Muñoz Conde (arriba) durante su ponencia, moderada por el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña (abajo, dcha).



El Prof. Dr. Paredes Castañón (foto dcha.) presenta su ponencia, moderada por el Prof. Dr. de Vicente Remesal.



El Prof. Dr. Pérez Bermejo (foto izq.) durante su ponencia.

(ii) Seminario de Docencia e Investigación DP-ULE

30 de octubre de 2015. Ponencia de la patrona Prof. Dra. Inés Olaizola Nogales: “La reforma penal del homicidio, del asesinato y de los delitos contra la libertad sexual: ¿se salva algo?”. Salón de Grados de la Facultad de Derecho, Univ. de León (España). Coorganizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de León y la FICP.



La Prof. Dra. Inés Olaizola Nogales (dcha.) durante un momento de su ponencia, moderada por el Prof. Dr. Miguel Díaz y García Conlledo (izq.).

(iii) Coloquios triangulares y su proyección innovadora (*service learning*) al ámbito universitario y a la sociedad (I): XX aniversario de la aprobación del Código Penal

24-26 de noviembre de 2015. Salón de Grados de la Facultad de Derecho, Univ. de León (España). Director: Prof. Dr. Miguel Díaz y García Conlledo. Coorganizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de León y la FICP.

El cartel y el programa se encuentran disponibles en nuestra página web en la sección de [Noticias y cursos/Eventos anteriores](#).

A continuación se muestra una selección de fotos del evento:



Presentación de los Coloquios por el Prof. Dr. José Carlos Pena Álvarez (izq.), Delegado del Rector para la Agencia de Calidad y Formación de la Univ. de León, y Conferencia inaugural del Prof. Dr. Díaz y García Conlledo (dcha.).



Imágenes del Primer Coloquio sobre la “Prisión permanente revisable”: mesa integrada, de izq. a dcha., por la Prof. Dra. Barber Burusco, las alumnas D.^a Sandra Avellaneda Patón y D.^a Ángela Pilar Fernández Rodríguez, la Prof. Dra. Trapero Barreales (moderadora) y la Excm. Sra. Dña. Lourdes Rodríguez Rey.



Imágenes del Segundo Coloquio sobre los “Delitos contra la libertad: matrimonios forzados, acoso, detenciones ilegales”: mesa integrada, de izq. a dcha., por las Profs. Dras. Durán Seco (moderadora) y García Mosquera, el Ilmo. Sr. D. Lorenzo Álvarez de Toledo Quintana y los alumnos D.^a Angélica García Valencia y D. Sergio Martínez Ramos.



Imágenes del Tercer Coloquio sobre los “Delitos contra el medio ambiente, recursos naturales y animales domésticos”: mesa integrada, de izq. a dcha., por el Ilmo. Sr. D. Ignacio Rafols Pérez, D. Alfredo Alpaca Pérez, la Prof. Dra. Zubiaur González (moderadora) y las alumnas D.^a Irene de Lamo Velado y D.^a Cristina Galindo Álvarez.



Imágenes del Cuarto Coloquio sobre los “Delitos contra la Constitución. Delitos contra el orden público”: mesa integrada, de izq. a dcha., por D. Juan Pablo Uribe Barrera, el Prof. Dr. Arturo Pereira Cuadrado, el Prof. Dr. Luis Ángel Ballesteros Moffa (moderador) y los alumnos D. Héctor del Reguero Rey y D.^a Desirée Villacorta Miguélez.



Imágenes del Quinto Coloquio sobre la “Supresión del Libro III. Los delitos leves”: mesa integrada, de izq. a dcha., por D.^a Raquel López Arias, D.^a Natalia Torres Cadavid (moderadora), los alumnos D.^a Diana Santos Rodríguez y D. Luis Miguel Ramos Martínez, y la Prof. Dra. Leticia Jericó Ojer.



Imágenes del Sexto Coloquio sobre los “Delitos de homicidio y asesinato”: mesa integrada, de izq. a dcha., por la Prof. Dra. Durán Seco, la Ilma. Sra. D.^a Pilar Robles García, la Prof. Dra. Trapero Barreales (moderadora) y los alumnos D. Igor Mba Mangué y D.^a Cristina Álvarez Sánchez.



Imágenes del Séptimo Coloquio sobre los “Sustitutivos penales (suspensión, expulsión, libertad condicional)” y del cierre de los Coloquios: mesa integrada, de izq. a dcha., por la Prof. Dra. Trapero Barreales, D. Rafael Martínez Fernández, el Prof. Dr. Díaz y García Conlledo (moderador) y los alumnos D. Luis Soto Viñas, D. Iulian Constantin Tudose y D.ª María del Carmen Crespo Martínez.

IV. NOTICIAS DE LOS MIEMBROS DE LA FICP

1. Libros y artículos recientes de miembros de la FICP

– **Patronos** (con asterisco los patronos):

- Corcoy Bidasolo, Mirentxu*/Mir Puig, Santiago* (dirs.), Comentarios al Código Penal. Reforma 1/2015 y 2/2015, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- Díaz y García Conlledo, Miguel* (dir.), Casos prácticos de Derecho penal: vol. 1. Introducción y consecuencias jurídicas del delito, 2ª ed., León, Eolas, 2015.
- Gómez Martín, Víctor*/Aguilar García, Miguel Ángel (dir.), Manual pràctic per a la investigació i enjudiciament de delictes d'odi i discriminació, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada (Catalunya), 2015.
- Jericó Ojer, Leticia*, La atenuante de reparación del daño (art. 21.5 CP): ¿fundamento político-criminal o expresión de “*actus contrarius*” frente al

quebrantamiento de la norma? Su relevante distinción en los procesos de mediación, *Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, 3, 2015, pp. 27-49.

- Luzón Peña, Diego-Manuel* (dir.)/Díaz y García Conlledo, Miguel* (coord.)/de Vicente Remesal, Javier*/Paredes Castañón, José Manuel*/Olaizola Nogales, Inés*/ Trapero Barreales, María A.* (superv.), Código Penal y legislación complementaria, 3ª ed. Con la colaboración de: Roso*, Barber*, Jericó*, Durán*, Fuente, Pavía, García Mosquera, Martínez Cantón, García Sobrado, Rodríguez Vázquez, Vega, Vicente de Gregorio, Francés, Escobar, Pérez-Sauquillo, Torres Cadavid. Madrid, Reus, 2015.
- Moreno Castillo, María Asunción*, La ruta de la reforma penal en Nicaragua (1994-2015), *Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, 3, 2015, pp. 107-129.
- Trapero Barreales, María A.*, La consolidación de la transformación del Derecho penal laboral: de protector de los derechos de los trabajadores a garante de la competencia empresarial y de las políticas migratorias, *Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, 3, 2015, pp. 182-219.

– **Socios** (con asterisco los socios):

- Betrán Pardo, Ana Isabel*, Algunas cuestiones procesales y sustantivas en torno a las diligencias complementarias del Ministerio Fiscal. Comentarios a la STS 159/2015, de 18 de marzo, *Diario La Ley*, 8617, 2 de octubre de 2015.
- Boldova Pasamar, Miguel Ángel*/Rueda Martín, Mª Ángeles*, Report of Spain, en: *Comparative Counter-Terrorism Law*, Cambridge University Press, New York, Edited by Kent Roach, 2015, pp. 297-325. ISBN 978-1-107-05707-4
- del Carpio Delgado, Juana*, La regulación de los delitos de hurto tras la reforma de 2015 del Código Penal, *Diario La Ley*, 8642, 10 de noviembre de 2015.
- Dolz Lago, Manuel-Jesús*, In memoriam Soledad Cazorla Prieto (1955/2015), primera fiscal de sala contra la violencia sobre la mujer. Delito de maltrato habitual en el ámbito familiar del art. 173.2 CP, *Diario La Ley*, 8587, 21 de julio de 2015.
- Dolz Lago, Manuel-Jesús*, Caso Ellacuría. Jurisdicción Universal. Competencia de la jurisdicción española y de la Audiencia Nacional ante el fraudulento o incompleto procedimiento meramente formal seguido en El Salvador, *Diario La Ley*, 8587, 21 de julio de 2015.
- Dolz Lago, Manuel-Jesús*, Caso juez Elpidio Silva/banquero Blesa. Delito de prevaricación judicial: características, *Diario La Ley*, 8587, 21 de julio de 2015.

- Dolz Lago, Manuel-Jesús*, Dolo en los delitos de comisión por omisión: cláusula del artículo 11 CP. Exclusión de la agravante de parentesco, Diario La Ley, 8587, 21 de julio de 2015.
- Dolz Lago, Manuel-Jesús*, Caso «acuerdos». Valor de los acuerdos plenarios no jurisdiccionales a efectos de integrar el concepto de infracción de ley en el recurso de casación penal, Diario La Ley, 8606, 16 de noviembre de 2015.
- Dolz Lago, Manuel-Jesús*, Caso «Declaraciones policiales no ratificadas judicialmente». Doctrina de la Sala 2.ª TS a través de sus acuerdos plenarios: vaivenes, contradicciones y veladas insumisiones al Tribunal Constitucional, Diario La Ley, 8606, 16 de noviembre de 2015.
- Dolz Lago, Manuel-Jesús*, Acumulación de condenas y reforma penal del 2015, Diario La Ley, 8606, 16 de noviembre de 2015.
- Dolz Lago, Manuel-Jesús*, Trata de seres humanos. Cuando la víctima es menor de edad no es necesaria la concurrencia simultánea de algunas de las modalidades descritas en el art. 177 bis.1 CP para colmar tal tipicidad, Diario La Ley, 8606, 16 de noviembre de 2015.
- Donna, Edgardo A.*, Sobre el concepto de la pena estatal, Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales, 3, 2015, pp. 7-26.
- Fuente Honrubia, Fernando de la*, Responsabilidad en el ámbito del derecho público y por la lesión de los derechos fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Financieros, 2015.
- Luzón Peña, Diego-Manuel (dir.)/Díaz y García Conlledo, Miguel (coord.)/de Vicente Remesal, Javier/Paredes Castañón, José Manuel/Olaizola Nogales, Inés/Trapero Barreales, María A. (superv.), Código Penal y legislación complementaria, 3ª ed. Con la colaboración de: Roso, Barber, Jericó, Durán, Fuente*, Pavía, García Mosquera*, Martínez Cantón, García Sobrado*, Rodríguez Vázquez*, Vega*, Vicente de Gregorio*, Francés*, Escobar*, Pérez-Sauquillo*, Torres Cadavid*. Madrid, Reus, 2015.
- Martínez-Buján Pérez, Carlos*, Del incumplimiento del deber de vigilancia o control en personas jurídicas y empresas (el artículo 286 seis del Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal español de 2013), Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales, 3, 2015, pp. 50-106.
- Muñoz Company, María José*, Violencia de género y necesidad o no de elemento subjetivo específico de dominación. Jurisprudencia y legislación reciente, Diario La Ley, 8606, 16 de noviembre de 2015.

- Queralt Jiménez, Joan Josep*, Derecho Penal Español: Parte Especial, 7ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- Ragués i Vallès, Ramon*, El sistema integral del Derecho penal: variaciones en torno a una idea, Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales, 3, 2015, pp. 130-147.
- Rueda Martín, M^a Ángeles*, De nuevo sobre la relevancia penal de las acciones cotidianas en la comisión de un hecho doloso, Cuadernos de Política Criminal, 115, I, Época II, mayo 2015, pp. 35-85.
- Vallejo Jiménez, Geovana Andrea*, La consolidación de la transformación del Derecho penal laboral: de protector de los derechos de los trabajadores a garante de la competencia empresarial y de las políticas migratorias, Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales, 3, 2015, pp. 220-240.

2. Cursos, congresos y conferencias de los miembros de la FICP

– Ponencias en seminarios, congresos o cursos. Conferencias:

- 25 de junio de 2015. Ponencia de la socia Prof. Dra. M^a Ángeles Rueda Martín: “La nueva protección penal de la libertad y la intimidad”. Jornadas “sobre la reforma del Código penal”, organizadas por la Comisión de Formación del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza (REICAZ). Sede del Colegio de Abogados de Zaragoza (España).
- 9 y 10 de julio de 2015. Con motivo de la celebración del XVI Seminario de Filosofía del Derecho y Derecho Penal sobre “La justificación del castigo penal”, organizado por Áreas de Derecho Penal y de Filosofía del Derecho, Univ. de León, y la FICP, tuvieron lugar las siguientes ponencias y moderaciones de patronos y socios de la FICP:
 - * Moderación de la ponencia “Sobre venganza y castigo” del Prof. Dr. Bonorino Ramírez por el patrono Prof. Dr. García Amado.
 - * Ponencia del socio Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Muñoz Conde: “Las insuficiencias de la pena como medio de control social”. Moderador: el Presidente de honor Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña.
 - * Ponencia del patrono Prof. Dr. Paredes Castañón: “¿Es posible justificar la pena desde una perspectiva libertaria?”. Moderador: el Presidente Prof. Dr. de Vicente Remesal.

- 2 de octubre de 2015. Ponencia de la socia Prof. Dra. M^a Ángeles Rueda Martín: “Delitos en el tráfico inmobiliario”. Jornadas Nacionales Acceso a la vivienda y contratación, organizadas por la Cátedra Zaragoza Vivienda, Universidad de Zaragoza y Ayuntamiento de Zaragoza. Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza (España).
- 6 de octubre de 2015. Ponencia de la socia Prof. Dra. M^a Ángeles Rueda Martín: “Aspectos relevantes en el tratamiento de algunos delitos contra bienes colectivos (Libro II)”. Jornada de Derecho Penal “La Reforma del Código penal a través de la Ley Orgánica 1/2015”, organizada por el área de Derecho penal de la UPV/EHU. Facultad de Derecho de la UPV-Leioa, Bizkaia (España).
- 30 de octubre de 2015. Ponencia de la patrona Prof. Dra. Inés Olaizola Nogales: “La reforma penal del homicidio, del asesinato y de los delitos contra la libertad sexual: ¿se salva algo?”. Seminario de Docencia e Investigación DP-ULE, organizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de León y la FICP. Salón de Grados de la Facultad de Derecho, Univ. de León (España).
- 20-24 de julio de 2015. Con motivo de la celebración del Curso de verano “Corrupción: justicia y Derecho penal”, organizado por la Universidad Internacional de Andalucía (UNIA), tuvieron lugar en el Campus de Sta. M^a. de La Rábida, Huelva (España) las siguientes ponencias de socios:
 - * Conferencia del socio Prof. Dr. Emilio Cortés Bechiarelli: “Corrupción en el deporte”.
 - * Conferencia del socio Prof. Dr. José Luis González Cussac: “Prevaricación como paradigma de la corrupción”.
 - * Conferencia del socio Prof. Dr. Miguel Ángel Núñez Paz: “Política criminal y corrupción II”.
 - * Conferencia del socio Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Francisco Muñoz Conde: “La intervención de los particulares en los delitos de corrupción”.
- 24-26 de noviembre de 2015. Con motivo de la celebración de los “Coloquios triangulares y su proyección innovadora (*service learning*) al ámbito universitario y a la sociedad (I): XX aniversario de la aprobación del Código Penal”, organizados por el Área de Derecho Penal de la Univ. de León y la FICP, tuvieron lugar en la Facultad de Derecho de la Univ. de León las siguientes ponencias de patronos y socios:
 - * Conferencia inaugural del patrono Prof. Dr. Miguel Díaz y García Conlledo: “El Código Penal de 1995, 20 años de evolución”.

- * Ponencia de la patrona Prof. Dra. Soledad Barber Burusco durante el Primer coloquio “Prisión permanente revisable”. Moderadora: la patrona Prof. Dra. Trapero Barreales.
- * Ponencia de la socia Prof. Dra. Marta García Mosquera durante el Segundo coloquio “Delitos contra la libertad: matrimonio forzoso, acoso, detenciones ilegales”. Moderadora: la patrona Prof. Dra. Durán Seco.
- * Ponencias de los socios Ilmo. Ignacio Rafols Pérez y D. Alfredo Alpaca Pérez durante el Tercer coloquio “Delitos contra el medio ambiente, recursos naturales y animales domésticos”. Moderadora: la socia Prof. Dra. Zubiaur González.
- * Ponencia del socio D. Juan Pablo Uribe durante el Cuarto coloquio “Delitos contra la Constitución. Delitos contra el orden público”.
- * Ponencia de la patrona Prof. Dra. Leticia Jericó Ojer y de la socia D.^a Raquel López Arias durante el Quinto coloquio “Supresión del Libro III. Los delitos leves”. Moderadora: la socia D.^a Natalia Torres Cadavid.
- * Ponencia de la patrona Prof. Dra. Isabel Durán Seco durante el Sexto coloquio “Delitos de homicidio y asesinato”. Moderadora: la patrona Prof. Dra. Trapero Barreales.
- * Ponencia de la patrona Prof. Dra. María A. Trapero Barreales durante el Séptimo coloquio “Sustitutivos penales: suspensión, expulsión, libertad condicional”. Moderador: el patrono Prof. Dr. Díaz y García Conlledo.
- 26 de noviembre de 2015. Participación del Prof. Dr. Joan Josep Queralt en la mesa redonda “Los derechos de imputados y detenidos. La práctica respetuosa de la detención. Confidencialidad de las comunicaciones entre abogado e imputado. La prisión incomunicada.” Jornadas sobre la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Memorial Prof. Dr. Manuel Serra Domínguez, organizadas por la Fundación Manuel Serra Domínguez. Facultad de Derecho de la Univ. de Barcelona (España).
- **30 de noviembre - 3 de diciembre de 2015.** Con motivo de la celebración del II Congreso Internacional de Derecho Procesal Penal sobre "Los grandes retos y perspectivas del nuevo sistema procesal penal acusatorio y oral en México (Revisión de los problemas y la funcionalidad del Código Nacional de Procedimientos Penales, a 7 años de la reforma constitucional de 2008)", organizado por el Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales (CEPOLCRIM), el Tribunal Superior de Justicia del Estado de Puebla y la Asociación Mexicana de Derecho Penal y Criminología (AMPEC / ALPEC),

tendrán lugar en el Complejo Mexicano de Capacitación, Ciudad de Cholula, Puebla (México) las siguientes conferencias de socios:

- * Conferencias del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Bernd Schünemann: “Función y límites del proceso penal acusatorio en Estados democráticos de derecho” y “¿Compatibilidad entre el modelo procesal penal de corte ‘continental europeo’ y el modelo procesal penal ‘angloamericano’? Algunos puntos críticos del CNPP”.
- * Conferencia del Prof. Dr. Moisés Moreno Hernández: “La función político-criminal del proceso penal y el Código Nacional de Procedimientos Penales”.
- * Conferencia del Prof. Dr. Andrea Castaldo: “La ineludible vinculación entre el derecho procesal penal y el derecho penal material: Algunos equívocos de la reforma procesal penal”.

– **Organización de seminarios y congresos:**

- 9 y 10 de julio de 2015. XVI Seminario Internacional de Filosofía del Derecho y Derecho Penal, sobre "La justificación del castigo penal". Facultad de Derecho, Univ. de León. Coorganizado por las Áreas de Derecho Penal y de Filosofía del Derecho, Univ. de León, y la FICP. Directores: Profs. Dres. Miguel Díaz y García Conlledo y Juan Antonio García Amado.

Las Actas del XVI Seminario se encuentran disponibles en nuestra página web, en la sección de [Publicaciones/Actas de Congresos y Seminarios](#).

- 6-24 de julio de 2015. Título de Especialista en "Derecho y Justicia Penal Económica y Empresarial". Organizado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Castilla-La Mancha. Directores: Profs. Dres. Eduardo Demetrio Crespo y Nicolás González-Cuéllar Serrano.
- 20-24 julio de 2015. Curso de verano: “Corrupción: justicia y Derecho penal”. Organizado por la Universidad Internacional de Andalucía (UNIA). Director: Prof. Dr. Miguel Ángel Núñez Paz. Campus Santa María de la Rábida, Huelva (España).
- 14-25 de septiembre de 2015. Escuela de verano en Ciencias Criminales y Dogmática Penal alemana (2015). Organizada por la Facultad de Derecho de la Univ. Georg-August de Göttingen, el Instituto de Ciencias Criminales y el Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL). Director: Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos. Göttingen (Alemania).
- 24-26 de noviembre de 2015. “Coloquios triangulares y su proyección innovadora (*service learning*) al ámbito universitario y a la sociedad (I): XX

aniversario de la aprobación del Código Penal”. Organizados por el Área de Derecho Penal de la Univ. de León y la FICP. Dirección: Prof. Dr. Miguel Díaz y García Conlledo. Facultad de Derecho de la Univ. de León (España).

El cartel y programa se encuentran disponibles en nuestra página web, en la sección de [Noticias y cursos/Eventos anteriores](#).

- **30 de noviembre - 3 de diciembre de 2015.** II Congreso Internacional de Derecho Procesal Penal sobre "Los grandes retos y perspectivas del nuevo sistema procesal penal acusatorio y oral en México (Revisión de los problemas y la funcionalidad del Código Nacional de Procedimientos Penales, a 7 años de la reforma constitucional de 2008)". Organizado por el Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales (CEPOLCRIM), el Tribunal Superior de Justicia del Estado de Puebla y la Asociación Mexicana de Derecho Penal y Criminología (AMPEC / ALPEC). Dirección: Prof. Dr. Moisés Moreno Herández. Complejo Mexicano de Capacitación, Ciudad de Cholula, Puebla (México).

El Congreso tiene como propósito (i) analizar el modelo procesal penal adoptado por el CNPP y su correspondencia con los objetivos de la reforma constitucional de 2008 y con las necesidades y realidades nacionales; asimismo, (ii) analizar si el nuevo sistema procesal acusatorio permitirá la observancia de derechos, garantías y principios consagrados en la Constitución, o si el mayor número de casos se resolverá mediante la aplicación de mecanismos, en los que el aspecto acusatorio parece diluirse, y aportar criterios para coadyuvar en la consecución de los objetivos de la reforma constitucional.

El cartel y programa se encuentran disponibles en nuestra página web, en la sección de [Noticias y cursos/Noticias de otras entidades](#).